Prorogatio fori et contumacia.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctors beider Rechte

verfasst und der

hohen juristischen Facultät der

Kaiser Wilhelms-Universität Strassburg

vorgelegt

von

Nic. J. Zurukzoglu
aus Caesarea in Kappadocien.

Leipzig,
Druck der Rossberg'schen Buchdruckerei.
1885.

Prorogatio fori et contumacia.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctors beider Rechte

verfasst und der

hohen juristischen Facultät der

Kaiser Wilhelms-Universität Strassburg

vorgelegt

von

Nic. J. Zurukzoglu
aus Caesarea in Kappadocien.

Leipzig,
Druck der Rossberg'schen Buchdruckerei.
1885.

Seinem verehrten Lehrer,

Herrn Dr. Aug. S. Schultze

Professor der Rechte zu Strassburg

in Dankbarkeit und Ergebenheit

DER VERFASSER.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552716_0045

Vorrede.

Wenn ich es gewagt habe, über ein Institut zu arbeiten, welches zu den schwierigsten und, obschon es gerade in neuester Zeit von hervorragenden Gelehrten behandelt ist, zu den sowohl in seinen Grundlagen, als auch in seinen Einzelheiten bestrittensten gehört, so konnte es nicht in meiner Absicht liegen, dieses Institut und seine ungemein weitschichtige Literatur auch nur annähernd vollständig darzustellen. Vielmehr habe ich lediglich den Versuch machen wollen, gewisse Gesichtspunkte hervorzuheben. Wie sehr ich auch hiebei auf die Nachsicht des Lesers zu rechnen habe, weiss ich nur zu gut. Diese Nachsicht wird mir vielleicht um so weniger vorenthalten werden, als ich meine asiatische Heimath erst vor wenig Jahren mit einem Aufenthalt in Europa vertauscht habe. Die vielfach fremde

Anschauungs- und Denkweise, die deutsche Wissenschaft und ihre Methode, und vor Allem schon die deutsche Sprache setzten meinem redlichen Fleisse Schwierigkeiten entgegen, die bis jetzt keineswegs überwunden zu haben, ich mir vollkommen bewusst bin.

Strassburg i/Els., *Februar 1885.*

Inhaltsangabe.

Seite

§ 1. Begriff 1
§ 2. Ist die Zustimmung des Richters nöthig? 7

Thatbestand der freiwilligen Unterwerfung.

I. Römisches Recht.

§ 3. Im Allgemeinen 17
§ 4. Das aussergerichtliche Pactum 23

II. Heutiges Recht.

§ 5. Im Allgemeinen 30
§ 6. Aussergerichtliches Pactum 38
§ 7. Freiwillige Unterwerfung vor Gericht 40
§ 8. Ist im Falle totaler Versäumniss des Beklagten stillschweigende Unterwerfung anzunehmen? 49

Prorogatio fori et contumacia.

§ 1.

Begriff.

Schon im römischen Recht unterlag es keinem Zweifel, dass durch die freiwillige Unterwerfung der Parteien unter einen bestimmten Richter ein Gerichtsstand für eine concrete Streitsache begründet werden könne.

Dieser Gerichtsstand bildete gewissermassen eine Ausnahme von dem Grundsatze: „actor forum rei sequi debet."

Im alten römischen Recht mussten alle persönlichen und dinglichen Klagen im forum domicilii des Beklagten angebracht werden. Der Kläger war genöthigt, dem Beklagten in seine Heimath zu folgen. Der Beklagte seinerseits war den Befehlen eines andern, als seines ordentlichen Richters, nicht Gehorsam schuldig. Dies strenge Prinzip war bei dem einfachen System der Gerichtsstände und für das kleine Territorium Roms, sowie

auch für die Sicherheit des Verkehrs vollkommen ausreichend. In der spätern Zeit aber, nach der Entwickelung und Erstreckung der römischen Macht auf andere Territorien konnte dieser Grundsatz: „Actor forum rei sequi debet", nicht mehr in Strenge berücksichtigt werden, denn es musste jetzt neben der Sicherheit auch auf die Bequemlichkeit und Zweckmässigkeit des Verkehrs grössere Rücksicht genommen werden. Aus diesem Grunde mussten jetzt verschiedene Ausnahmen aus Billigkeitsrücksichten zugelassen werden, da die allgemeine Regel dem Kläger die Rechtsverfolgung erschwerte, den Beklagten dagegen begünstigte.[1])

So ist für die dinglichen Klagen im Jahre 385 durch Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius das *forum rei sitae* eingeführt worden; für persönliche Klagen das sogen. forum contractus, und ungefähr um dieselbe Zeit kamen Fälle unsers Gerichtsstandes vor.[2])

Der Beklagte konnte nunmehr auf sein Recht, blos vor seiner ordentlichen Obrigkeit belangt zu werden,

---

[1]) Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 12 ff.

[2]) Ueber die Frage, wann der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung zur Geltung kam, sind die Juristen nicht einig. Während früher fast allgemein angenommen wurde, dass das forum prorogatum seinen Ursprung der Lex Julia judiciorum (ohne Zweifel der Lex Julia judiciorum privatorum vom Augustus) verdanke, ist diese Ansicht mit Recht von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 15 und von Reatz, der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung, Giessen 1859, S. 19 ff. bekämpft

Verzicht leisten, und sich einem fremden Richter unterwerfen.

Einen besondern Ausdruck für diesen Gerichtsstand hatten die Römer nicht. Sie bezeichneten ihn mit verschiedenen Ausdrücken, von welchen der schärfste wohl der in l. 1 D. de judiciis (5. 1) enthaltene ist: „Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes — judicis — est jurisdictio.[3])

Auch im frühern gemeinen und heutigen Recht ist ein solcher Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung anerkannt, und pflegt als forum prorogatum, pactitium oder conventionale (gewillkürter, vertragsmässiger, vereinbarter Gerichtsstand, oder Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung) bezeichnet zu werden.

Die heute allgemein herrschende Auffassung dieses Gerichtsstandes ist diese: Regelmässig und prinzipiell bestimme zwar die objective Rechtsordnung, das Gesetz die Competenzordnung, indem es an gewisse thatsächliche

[3]) Das Wort *prorogatio fori* war dem römischen Recht, in der ihm heutzutage gegebenen Bedeutung, unbekannt. In den römischen Quellen kommt das Wort prorogatio meistens mit *dies* oder *tempus* verbunden vor und bedeutet, dass der einem Rechtsverhältnisse ursprünglich bestimmte Endtermin durch die dazu berechtigten Personen hinausgeschoben werde. Vgl. darüber l. 13 § 18 D. (19. 1.); l. 31 D. (42. 1); l. 25 pr. D. (4. 8); l. 2 D. (42. 1); l. 24 pr. D. (19. 2) u. A. Auch den kanonischen Quellen war die Bezeichnung *prorogatio fori* im heutigen Sinne fremd. c. 18 X. de foro comp. 2. 2. Der Ausdruck *prorogatio jurisdictionis* kommt in zwei Stellen vor (c. 32 X. de offic. et potest. jud. delegati 1. 29; c. 40 X. eodem), vgl. darüber Reatz a. a. O. S. 11 ff.

Voraussetzungen die Competenz dieses oder jenes Richters von Rechtswegen knüpfe. Neben dieser erschöpfenden Ordnung der sog. gesetzlichen Gerichtsstände sei es nun aber in gewissen Schranken auch der Privatwillkür der Parteien überlassen, dem Richter eine ihm vom Gesetz nicht verliehene Competenz zu verschaffen und so die gesetzliche Competenzordnung willkürlich abzuändern.

Die Vereinbarung der Parteien auf einen „gesetzlich incompetenten" Richter soll darnach einen Gerichtsstand begründen, welcher im Gegensatze zu den gesetzlichen Gerichtsständen, z. B. des Wohnsitzes, des Vertrages, des Delictes, der belegenen Sache, der Erbschaft etc. steht. Dort, bei dem sogen. vereinbarten oder gewillkürten Gerichtsstand würde dann allein der private Wille der Parteien der Gründer unsers Gerichtsstandes sein, hier dagegen das Gesetz. Es würde darnach den Parteien gestattet sein, ein Streitverhältniss durch Willensübereinkunft dort zu begründen, wo das Gesetz dem Richter keine Competenz zugesteht und verleiht.[4])

---

[4]) Der herrschenden Ansicht pflichten u. A. folgende Schriftsteller bei. Von den ältern: Glück, Pandectencommentar, Bd. III. S. 203, und die bei ihm angeführten. Busch, im Archiv für civil. Praxis Bd. 19 S. 33 ff. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 10 ff. und der röm. Civilprozess Bd. II. § 73 S. 120; Schmid, Handbuch I. S. 125; Martin, Lehrbuch des ordentl. Civilprozesses § 60 und Vorlesungen I. S. 369; Bayer, Vorträge S. 233; Stippelmann, Neue Sammlungen III. 1 S. 12; Brackenhoeft, Erörterungen S. 264 ff.; Grolmann, Theorie § 50 S. 58 ff.; Linde, Lehrbuch

Allein es dringt sich uns dieser Argumentation gegenüber sofort die Frage auf: Kann lediglich durch Privatwille dem Richter eine Competenz verliehen werden, die das Gesetz, der Staat, ihm nicht gewährt?

Unsere Antwort darauf lautet: Nein, und zwar aus folgenden Gründen:

Niemals kann der private Wille der Parteien eine Competenz begründen, denn die Gerichte sind Staatsorgane und deshalb kann ihr Thätigkeitsgebiet und die Abgrenzung ihrer Pflichten und Befugnisse nur das Gesetz, der Staat bestimmen. Der Staat allein ist befugt, Competenz zu verleihen auf Grund der ihm zustehenden Justizhoheit. Es ist gar nicht denkbar, dass ein Gericht eine ihm vom Staate abgesprochene Zuständigkeit von den Parteien lediglich durch ihre conventionelle Unterwerfung empfangen kann; denn dies hiesse doch im Gebiete des öffentlichen Rechtes und in Rücksicht auf einen Theil des Staatsorganismus den Willen der Privaten über denjenigen des Staates setzen.

An der Competenzordnung ist neben dem privaten

---

des ordentl. deutschen gem. CP. § 101 S. 130; Osterloh, Lehrbuch des gem. deutschen CP. § 74 S. 140 ff.; Heffter, System des röm. u. deutsch. CP. § 167 S. 198 ff.; Reatz a. a. O. S. 4 ff.; Renaud, Lehrbuch des gem. deutsch. CP. § 42 S. 103 ff.; Wetzell, System des ordentl CP. Aufl. III. § 39 S. 480 ff.

Von den Neuern: Wach, „das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes" im Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 372 ff., 384, 395; Fitting, ebendaselbst Bd. 63 zur Lehre vom sogen. vereinbarten Gerichtsstande S. 223 ff., 232. Vgl. übrigens unten S. 11 Anm. 9.

Interesse auch sehr stark das öffentliche Interesse betheiligt; sehr richtig bemerkten die hannoverischen Protokolle:[5])

„Es solle stets derjenige Richter entscheiden, von welchem unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse im einzelnen Falle am ehesten ein richtiges zutreffendes Urtheil erwartet werden könne."

Die Competenz einer Behörde ist nicht nur ein Recht, sondern eine öffentlich-rechtliche Pflicht derselben.

Auch die römischen Quellen wissen von einem Gegensatz, wonach der rechtzeugende Grund bei den sogen. gesetzlichen Gerichtsständen das Gesetz, bei dem Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung dagegen der Privatwille sei, nichts.

Die l. 1 D. de judiciis (5. 1), auf welcher unser Gerichtsstand beruht, lautet, wie wir sahen, wie folgt:

„Si se subjiciant jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praecst vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio."

Das Gesetz also knüpft an den Thatbestand der freiwilligen Unterwerfung die jurisdictio des Richters, d. h. das Recht und die Pflicht, den vor ihn gebrachten Streit zu entscheiden, gerade so wie es dieses Recht und diese Pflicht an jeden andern competenzbegründenden Thatbestand knüpft.

[5]) Hannov. Protokolle II. S. 554.

Es ist nicht der Vertrag der Parteien, welcher dem prorogirten Gerichte die Zuständigkeit gibt, sondern der Staat und die Rechtsordnung, welche an den Thatbestand einer Willenseinigung der Parteien die Competenz des Richters von Rechtswegen knüpfen.

Der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung ist also nicht, wie die herrschende Doctrin annimmt, ein vom Privatwillen, im Gegensatz zu dem vom Gesetz, begründeter Gerichtsstand, sondern derselbe ist ebensogut ein gesetzlicher Gerichtsstand, wie alle andern vom Gesetz begründeten.

Das Gesetz sagt: sowie der Wohnsitz, die unerlaubte Handlung, die Lage der Sache u. s. w. einen Gerichtsstand begründen, so soll auch die freiwillige Unterwerfung der Parteien unter einen Richter, dem überhaupt Gerichtsbarkeit zusteht, einen Gerichtsstand gründen. Aus diesem Grunde kennt das Gesetz keine andern Erfordernisse der sog. Prorogation als den Consens der Parteien. Wie dieser Consens beschaffen sein muss, werden wir in der weitern Darstellung kennen lernen.

§ 2.

Ist die Zustimmung des Richters nöthig?

Aus dieser Verschiedenheit der Grundauffassung erledigt sich eine zwar nicht mehr heute, aber in frühern gemeinen Rechte ungemein wichtige praktische Frage,

nämlich die: Ist die Zustimmung des Richters zur Prorogation nöthig, resp. muss ihm ein Ablehnungsrecht eingeräumt werden oder nicht?

In der gemeinrechtlichen Literatur wurde die Frage fast einstimmig bejaht. Nach dieser Ansicht ist es ein Erforderniss, dass der gewählte Richter die durch freiwillige Unterwerfung der Parteien an ihn gebrachte Streitsache annehme.

Man kann diese namentlich in der neuern gemeinrechtlichen Literatur fast ausschliesslich herrschende Ansicht auch so formuliren: Der prorogirte Richter kann zur Annahme der Streitsache nicht gezwungen werden, aber hat er einmal (wissentlich oder irrthümlich) die Sache angenommen, dann ist er zu deren ferneren Verhandlung und Entscheidung verpflichtet.[6])

Diese allgemeine Ansicht, dass zur Prorogation die

---

[6]) Reatz a. a. O. S. 183 ff., der diese Frage eingehend behandelt und der herrschenden Ansicht beipflichtet, drückt sich wie folgt aus: „Der gesetzlich incompetente Richter, dem sich die Parteien freiwillig unterworfen haben, ist nicht verpflichtet, die Sache anzunehmen; hat er sie aber angenommen, dann kann er sie nicht mehr von sich weisen. Oder: zur Begründung des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung gehört ausser der freiwilligen Unterwerfung der Parteien auch noch die Annahme der Sache durch den gesetzlich incompetenten Richter."

Mit dieser herrschenden Ansicht stimmen die von Reatz a. a. O. S. 179—182 angeführten älteren Juristen überein (vgl. auch Anm. 4 dieser Abhandlung). Von den Neuern namentlich Wetzell a. a. O. § 39 S. 480 ff.; Birkmeyer, das gegenseitige Verhältniss der §§ 38 ff. und 247 etc. Rostock 1880. S. 30 f.; Fitting a. a. O. S. 223 u. 252; Wach a. a. O. S. 380 u. A.

Zustimmung des Richters nöthig sei, steht im engsten Zusammenhang mit der erwähnten herrschenden Ansicht, dass die Vereinbarung kein gesetzlicher Competenzgrund sei: denn gesetzlich begründete Competenz ist, wie wir bereits angedeutet haben, nicht nur ein Recht, sondern auch eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Der durch Compromiss bestellte Schiedsmann, der lediglich im Privatinteresse durch die Parteien eingesetzt ist und an dessen Uebernahme der Function als Schiedsmann das öffentliche Interesse gar nicht betheiligt ist, kann zur Rechtsprechung nicht gezwungen werden. Dagegen solche Richter, die vom Staate ernannt sind, müssen innerhalb ihrer Competenz zum Rechtsprechen gezwungen werden können, denn sie werden vom Gesetze zu diesem Zweck eingesetzt.

Nur von dem Gesichtspunkte aus, dass die freiwillige Unterwerfung kein gesetzlicher Competenzgrund sei, lässt sich die Annahme erklären, dass es in der Willkür des Richters stehe, die an ihn auf diesem Wege gebrachte Sache anzunehmen oder abzulehnen.

Diese herrschende Annahme eines willkürlichen Ablehnungsrechts des Richters lässt sich nun aber meines Erachtens nicht rechtfertigen: zuerst nicht aus allgemeinen Gründen; denn sie tritt mit der eigenen Theorie ihrer Vertreter, wonach die Vereinbarung der Parteien der eigentliche Competenzgrund sein soll, in Widerspruch: denn aus jenem angeblichen Ablehnungsrecht würde sich

ja ergeben, dass die gewillkürte Unterwerfung der Parteien unter ein incompetentes Gericht die Zuständigkeit nicht begründe, da ja, wenn dies der Fall wäre, der Richter seine Thätigkeit nicht würde ablehnen können, sondern vielmehr gezwungen sein würde, zu entscheiden. Sodann aber ist, wie wir gesehen, der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung kein Gerichtsstand im Gegensatz zu den gesetzlichen Gerichtsständen, sondern ebenfalls ein gesetzlicher Gerichtsstand, ebenso wie z. B. das forum contractus. In dem einen wie in dem andern Falle ist der Consens der Parteien nichts als Voraussetzung, unter welcher das Gesetz den Richter für competent erklärt; er ist das Factum, welches nach ausdrücklicher Vorschrift als gesetzliche Bedingung der Zuständigkeit erscheint; und die letztere ist ebenso eine Pflicht wie ein Recht. Endlich hat man auch aus Zweckmässigkeitsrücksichten dieses angebliche Ablehnungsrecht des Richters zu rechtfertigen gesucht, nämlich aus Befürchtung der Geschäftsüberlastung. [7])

Allein diese Argumentation kann für die wissenschaftlich begriffliche Auffassung des Gerichtsstandes nicht bestimmend sein; übrigens hätte auch das Gesetz dann, wenn ein solcher Uebelstand zu irgend einer Zeit bemerkt worden wäre, eine abwehrende Verfügung leicht treffen können. [8])

[7]) Vgl. Paulsen in Richter's und Schneider's krit. Jahresbericht IV. S. 334 und Andere. Fitting a. a. O. S. 222.

[8]) Franke, „Kann der prorogirte Richter gezwungen werden Recht zu sprechen" in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess,

Die Zahl der Schriftsteller, welche dieser allgemein herrschenden Ansicht gegenüber dem Richter ein Ablehnungsrecht nicht zubilligen, ist sehr gering. Hervorzuheben unter den Neuern ist im Grunde nur Franke, welcher seine richtige Ansicht begründet hat wesentlich mit dem Satze, dass eine Competenz in allen Fällen nur vom Staate und nicht von Privatpersonen einer Behörde übertragen werden könne.[9])

N. F. Bd. II. Nr. 5. S. 129 bemerkt ganz zutreffend: „Der Staat sorgt so viel er kann für eine gleichmässige möglichst gute Rechtspflege durch coordinirte Beamte. Dies Ziel ist ihm leicht bei der Anstellung jedes einzelnen Richters. Er kann es aber der Natur der Sache nach nicht vermeiden, dass der eine weniger als der andere seinem Amte gewachsen ist, dass der eine sich des öffentlichen Vertrauens würdiger macht, als der andere. Der Staat weiset jedem Richter den Kreis seiner Wirksamkeit an, muss aber die Bestimmung des Maasses seiner Geschäfte dem zufälligen Umstande überlassen, ob und wie viel der factischen Voraussetzungen, durch welche das Gesetz die amtliche Thätigkeit bedingt, eintreten werden. Was sollte ihn bewegen, die Möglichkeit auszuschliessen, dass der tüchtigere Richter auch mittels der Wahl der Parteien einen grössern Wirkungskreis gewänne, als der minder tüchtige? Warum sollte das Gesetz die Parteien verhindern, auf dem Wege freier Uebereinkunft einen gerechten Rechtsspruch bei dem benachbarten Richter zu suchen, der sich in der Praxis als zuverlässiger, kundiger und prompter bewährt hat, als der eigene Richter? Von einer Geschäftsüberlastung, von der Gefahr, dass ein gesuchter Richter die Sachen seines eigenen Gerichtsbezirkes vernachlässigen könnte, ist nichts zu besorgen."

[9]) Vgl. Franke a. a. O. S. 127 ff. und derselbe, der gemeine Deutsche und Schleswig-Holsteinische Civilprozess Th. 1 § 50 S. 133. Den Gedanken, dass auch bei dem sog. vereinbarten Gerichtsstand es im Grunde die Rechtsordnung sei und nicht die Willkür der Parteien, die dem Richter die Competenz verleihe, hat auch Fitting a. a. O. S. 222 gestreift, ohne indess Consequenzen daraus zu ziehen. — Unter den älteren Schriftstellern, welche dem Richter ein Ablehnungsrecht nicht zubilligen: Noodt.

Reatz [10]) hat die richtige Ansicht Franke's zwar zu widerlegen gesucht, allein meines Erachtens ohne triftige Gründe.

Von Wichtigkeit ist, dass die römischen Quellen, obschon sie für das Gegentheil angeführt zu werden pflegen, doch gerade die hier vertretene Ansicht bestätigen. Vor Allem kommt in Betracht die l. 1 D. de jud. (5. 1), welche als Grundlage unsers Gerichtsstandes zu gelten hat:

„Si se subjiciant jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praeest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio."

Reatz glaubt den Sinn dieser Stelle so wiedergeben zu dürfen: „Wenn der Kläger durch Klaganstellung einem gesetzlich incompetenten Richter wissentlich sich unterworfen, der Magistrat die Sache angenommen und hierauf der Beklagte seinen Unterwerfungswillen erklärt hat, dann ist des Richters Competenz begründet. Hiermit erklärt aber, weil der Magistrat vor der Unterwerfung des Beklagten incompetent und die Klage folglich zurückzuweisen berechtigt war, Ulpian die Annahme der Sache

de jurisdict. et imper. l. 2 c. 14; Schulting, comment. acad. Vol. 3 l. 2 t. 1 de jurisd. n. 13. Beide genannten verpflichten den Richter zur Annahme der Sache. Franke haben sich angeschlossen: Heffter a. a. O. § 167 und Osterloh a. a. O. § 73 S. 143. Unrichtigerweise wird hierzu auch Glück gerechnet, so z. B. von Linde a. a. O. und Martin a. a. O., aber dieser Schriftsteller räumt, übereinstimmend mit der herrschenden Ansicht, dem Richter ebenfalls ein Ablehnungsrecht ein, vgl. Glück a. a. O. S. 210 und 214.

[10]) A. a. O. S. 185 ff.

durch den Magistrat stillschweigend für ein Erforderniss des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung."

Den stärksten Beweis für seine Behauptung findet er in der l. 14 D. de jurisd. (2. 1) und l 13 § 4 D. ad S. C. Trebell. (36. 1).

Allein Ulpian sagt von jenem Ablehnungsbefugniss kein Wort. Und in dem von Reatz gesetzten Falle, dass der gemeinrechtliche Richter im schriftlichen Verfahren die Klage vor der Mittheilung derselben an den Beklagten wegen Unzuständigkeit zurückweisen kann, liegt ja eine übereinstimmende Subjectio der Parteien, insbesondere eine solche des Beklagten noch gar nicht vor. Es kann also auch von einer Anwendung der l. 1 cit. auf diesen Fall gar keine Rede sein.

Sodann kommt in Betracht l. 2 pr. und § 1 D. de jud. (5. 1), welche, wie folgt, lauten:

„Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus, et in eum consentiant. Ceterum si putent ejus jurisdictionem esse, non erit ejus jurisdictio: error enim litigatorum ut Julianus — scribit non habet consensum. Aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio, aeque error non dedit jurisdictionem. Aut si, cum restitisset quivis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla jurisdictio est.

§ 1 cit. Convenire autem utrum inter privatos sufficit, an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius

est? Lex Julia judiciorum ait: „quominus inter privatos conveniat.“ *Sufficit ergo privatorum consensus.*“

Aus dieser Stelle erhellt deutlich, dass der Consens der Parteien genügt, die Zustimmung des Richters dagegen nicht nöthig ist, d. h. weder der ausdrückliche noch der stillschweigende Consens ist erforderlich. Aus diesem Grunde kann auch nichts darauf ankommen, wenn der Richter in der Competenz sich irrt. Wenn nun der Richter in der irrigen Meinung, dass die eine der Parteien zu seiner Gerichtsbarkeit angehöre, die von den Parteien an ihn gebrachte Sache angenommen hat, so ist doch seine Competenz begründet, wenn die Voraussetzung der freiwilligen Unterwerfung seitens der Parteien vorliegt. Die Worte des Gesetzes „sufficit ergo privatorum consensus“, sagen ganz einfach, dass der Consens der Parteien allein der competenzbegründende Thatbestand ist, und es auf die Zustimmung des Richters nicht ankommt. Was nun dieser Stelle folgt, erscheint dann als ein nothwendiges Ergebniss der vorangehenden. „Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putat suam jurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est, et puto posse defendi, ejus esse jurisdictionem.“ [11])

Aus diesen angeführten Stellen ergibt sich, dass Ulpian die hingestellten Handlungen der Parteien als

[11]) l. 2 § 1 D. de jud. (5. 1).

Voraussetzungen zur Begründung oder auch nicht Begründung der Jurisdiction betrachtet. Das kommt auch zum Ausdruck in den Wendungen, in welchen er das Resultat zusammenfasst: inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praeest . . . . . *est jurisdictio*; dann *nulla jurisdictio est* und schliesslich: puto posse defendi *ejus esse jurisdictionem*.

Aus dieser Ausführung ergibt sich, dass der Richter, auf welchen prorogirt worden ist, verpflichtet ist, Recht zu sprechen. Dem Versuche von Reatz[12]) und Andern, auch in diese Stelle ein angebliches Ablehnungsrecht des Richters hinein zu interpretiren, widerspricht der klare Wortlaut derselben.

Endlich findet das Gesagte auch noch eine Bestätigung in l. 18 D. de jurisd. (2.1):

„Si convenerit, ut alius praetor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret, et priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare."

Der Sinn dieser Stelle ist mit Rücksicht auf l. 29 Cod. de pactis (2.3) äussert bestritten, worüber unten noch ausführlich zu handeln sein wird. Allein mag sich in ihr ein einseitiges oder nur ein zweiseitiges Rücktrittsrecht bis zur *aditio judicis* ausgesprochen finden; so viel geht jedenfalls aus ihr hervor, dass nach der *aditio judicis*

[12]) A. a. O. S. 190 ff.

die Parteien gebunden sind und es dann lediglich der Parteiwille ist, was den competenzbegründenden Thatbestand ausmacht.

Von einem Zustimmungs- oder Ablehnungsrecht des Richters ist auch hier nichts zu finden.

Noch entschiedener ergibt sich das aus l. 29 C. de pact. (2.3) und l. 51 C. de ipsc. et. cler. (1.3)

Diese drei Stellen werden jedoch besser unten in anderm Zusammenhange besprochen.

Dass im heutigen Recht die Zustimmung des Richters zur Begründung der Competenz des vereinbarten Richters nicht erforderlich, vielmehr lediglich die freiwillige Unterwerfung der Parteien, der die Competenz begründende Thatbestand ist, unterliegt nach den Vorschriften der Civilprozessordnung §§ 38—40 keinem Zweifel.

Im Folgenden haben wir zu untersuchen, welcher Art dieser Thatbestand sein muss.

Thatbestand der freiwilligen Unterwerfung.

I. Römisches Recht.

§ 3.

Im Allgemeinen.

Die Cardinalstelle, die wir bereits als Grundlage des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung bezeichnet haben (l. 1 und 2 D. de jud. 5. 1), fordert zur Begründung desselben eine doppelte Handlung seitens der Parteien:

1) die wirkliche Unterwerfung unter das Gericht und
2) den Consensus der Parteien, diesem Gerichte sich zu unterwerfen.

Unter dem ersten Erfordernisse, der Subjectio ist zu verstehen die Unterwerfung einer Partei unter einen gewissen Richter durch Anerkennung der richterlichen Gewalt dieses Magistrates rücksichtlich einer bestimmten Rechtssache; d. i. die Erklärung des Willens einer Partei gegenüber einem Magistrate, ihre Sache von ihm verhandeln und entscheiden zu lassen.[13])

Ueber die zweite Voraussetzung, den Consensus, gibt

[13]) Reatz a. a. O. S. 56 ff.

uns Ulpian selbst eine Aufklärung in l. 2 pr. D. h. t: „Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdctioni ejus et in eum consentiant. Caeterum, si putent, ejus jurisdictionem esse, non erit jurisdictio: error enim litigatorum, ut Julianus — scribit, non habet consensum. Aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio, aeque error non dedit jurisdictionem: aut si, cum restitisset quivis ex litigatoribus viribus praeturae compulsus est, nulla est jurisdictio.“[14])

Hieraus ergibt sich, dass beide Parteien darüber einig geworden sein müssen, dass ihre Streitsache von einem, wie die heutige Theorie sagt: „gesetzlich unzuständigen“, wie wir sagen: vor einem aus andern Gründen nicht competenten Richter verhandelt und entschieden werden soll. Der Consensus würde also nicht vorhanden sein, wenn die Parteien irrthümlich den Richter für aus einem andern Grunde zuständig hielten.

Da selbstverständlich nicht der blose Wille genügt, sondern dieser Wille ausserdem noch erklärt sein muss und da durch das consentiant ausgedrückt ist, dass diese Willenserklärung der Gegenpartei gegenüber abgegeben sein muss, so können wir Reatz beipflichten, dass nach röm. Rechte zur Begründung des Gerichts-

[14]) Vgl. l. 15 D. de jurisd. (2. 1): „Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus: nihil valebit, quod actum est. Nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in praesentem: cum, ut Julianus scribit, *non consentiant*, qui errent. Quid enim tam contrarium *consensui* est, quam error, qui imperitiam detegit?“

standes der freiwilligen Unterwerfung, ein Vertrag der Parteien, der Unterwerfungsvertrag gefordert werde, und es liesse sich l. 1 cit. so wiedergeben: Wenn zwei Parteien wissen, dass sie einem gewissen Magistrate rechtlich nicht unterworfen sind und sich dennoch verpflichten, ihre Sache an ihn zur Entscheidung zu bringen und sie haben diesem gegenüber ihren Unterwerfungswillen erklärt, dann ist die Competenz begründet.[15])

Die Frage nun, welche Folgen es habe, wenn dies Bewusstsein, dass der Richter aus andern Gründen nicht zuständig ist, nicht vorhanden war, sondern irrthümliche Annahme der Zuständigkeit vorliegt, wird durch die l. 2 D. de jud. (5. 1) dahin beantwortet, dass die irrthümliche Annahme der Parteien, der angegangene Richter sei schon competent, sowie auch ein Irrthum in der Person des angegangenen Richters den Consensus ausschliesst

[15]) Vgl. auch Reatz a. a. O. S. 58.

„Der Prorogationswille der Parteien kann dem Gerichte ausdrücklich in Klage und Antwort bekundet werden; er kann aber auch stillschweigend dadurch dem Gerichte kundgegeben werden, dass der Kläger bei demselben Klage erhebt und der Beklagte sich bei ihm ohne Rüge der Unzuständigkeit auf die Klage einlässt. Wenn diese Voraussetzung existirt, so wird allemal eine stillschweigende Prorogation angenommen, falls nicht ein Irrthum über die Zuständigkeit des Richters erweislich ist. Denn derselbe schliesst die Prorogation aus. Der Grund dafür liegt darin, dass es zur Begründung des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung, immer der conventionellen Unterwerfung, d. h. des übereinstimmenden positiven Willens der Parteien, unter dieses Gericht sich zu unterwerfen, bedarf."

Auch hier gehen die Ansichten der Juristen auseinander. Ueber die Literatur vgl. Reatz a. a. O. S. 149 ff.

und dass folglich hier von einer Competenzbegründung nicht die Rede sein kann. Der Consensus muss keinen wesentlichen Mangel erleiden; ist ein Irrthum vorhanden, dann wird das Gericht nicht competent.[16])

Die Glossatoren Guilielmus, Bartolus und Irnerius unterscheiden zwischen factischem und Rechtsirrthum. Diesen letztern bezeichneten sie für irrelevant. Ein factischer Irrthum würde z. B. vorliegen, wenn man glaubte, der Beklagte wohne im Gerichtsbezirk des angegangenen Richters, während er sich hier nur vorübergehend aufhält, und sein Wohnsitz in einem andern Bezirk liegt. Ein Rechtsirrthum würde es dagegen sein, wenn ich glaube, das Gericht am Aufenthaltsort des Beklagten, dessen anderweiter Wohnort mir bekannt ist, sei auch gesetzlich competent. Factischer Irrthum ist entschuldbar, dagegen Rechtsirrthum unentschuldbar mit Ausnahme gewisser Fälle, namentlich bei Minderjährigen, Frauen, Soldaten und Ungebildeten, quibus jus ignorare permissum est. Man wird in Keatz[17]) dieser Ansicht beipflichten können und die Worte: „caeterum si putent ejus jurisdictionem esse" von dem factischen Irrthum verstehen dürfen.

[16]) Derselben Ansicht sind unter Andern auch folgende Juristen: Bayer a. a. O. S. 234; Heffter a. a. O. § 167 S. 199; Wetzell a. a. O. § 39 S. 480; Renaud a. a. O. § 43; Wach a. a. O. S. 377; v. Amsberg im Archiv für civil. Praxis Bd. 65 S. 90 ff.; Fitting a. a. O. S. 223; Franke a. a. O. S. 119; Brinz, Lehrbuch der Pandecten, 1. Aufl. II. Abth. S. 1558.

[17]) A. a. O. S. 70 und 75.

Es entsteht noch die Frage, ob an diesen Grundsätzen die vollzogene Litiscontestation etwas ändert, d. h. ob noch nach der Litiscontestation die einfache Geltendmachung irrthümlicher Annahme der Zuständigkeit ausgeschlossen ist?

Die Frage ist meines Erachtens zu bejahen: „Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet.“[18]) In dieser Stelle ist deutlich der Gedanke ausgesprochen, dass ein Prozess an demjenigen Gerichte sein Ende erreichen solle, vor welchem auch die Litiscontestation stattgefunden hat. Wenn also vor einem gesetzlich incompetenten Richter unter irrthümlicher Annahme der Parteien, dass er zuständig sei, die litiscontestatio vollzogen ist, so kann die eine oder die andere Partei gegen den Willen der andern einseitig nicht zurücktreten und den Rechtsstreit vor einen competenten Richter bringen.[19]) Dass dem so ist, bezeugen noch folgende Stellen, l. 13 C. de except (8. 36): „Praescriptiones fori in principio litis a litigatoribus opponendas esse, legum decrevit auctoritas“ und l. 4 C. de jurisd. omn. jud. (3. 13): „Nemo post litem contestatam ordinariae sedis declinet examen, nec prius praefecti praetoris aut comitis Orientis vel

[18]) Vgl. l. 30 D. de jud. (5. 1).

[19]) Reatz a. a. O. S. 41 ff. Derselbe spricht hier von einem Gerichtsstand der Litiscontestation, indem er annimmt, dass der so begründete Gerichtsstand nicht Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung sei, weil diese immer das Wissen der Parteien, dass das betreffende Gericht gesetzlich incompetent sei, voraussetze.

alterius spectabilis judicis imploret auxilium, sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat."[20])

Aus diesen Stellen ergibt sich, dass der Mangel der Zuständigkeit seitens der Parteien gleich im Beginn des Rechtsstreites gerügt werden müsse. Diese Bestimmung entspricht vollkommen der Natur der Sache, dem Zwecke des Prozesses und der formell bindenden Natur der Litiscontestation der klassischen Zeit. Deshalb nehmen wir mit Birkmeyer[21]) an, dass nach der Litiscontestation höchstens restitutio in integrum propter errorem, hier gegen das jus strictum helfen kann.

Diese Ansicht ist für das römische Recht ausführlich von Reatz[22]) begründet, und obschon sie von neueren Schriftstellern nicht acceptirt worden,[23]), so doch unsers Wissens bisher nicht widerlegt worden.

Das Resultat, zu welchem wir für das römische Recht gelangen, ist kurz gefasst folgendes: Es muss zur Prorogation der Wille, sich zu unterwerfen, ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein: ausserdem aber auch das Bewusstsein, dass der Richter aus andern Gründen nicht zuständig ist, vorhanden sein. Irrthümliche Annahme, dass der Richter schon aus anderm Grunde zu-

[20]) Vgl. auch l. 34 D. de jud. (5. 1) und die l. 19 pr. D. de jurisd. (2. 1).

[21]) A. a. O. S. 44 f.

[22]) A. a. O. S. 72 ff.

[23]) Wach a. a. O. S. 377 ff.; v. Amsberg a. a. O. S. 90 ff.; Fitting a. a. O. S. 224 ff.; Bülow, die Prozessvoraussetzungen S. 87 ff. Die ältere Literatur ist bei Reatz a. a. O. S. 73 ff. zu finden.

ständig sei, sofern der Irrthum ein factischer ist, schliesst die Competenzbegründung aus. Nach vollzogener Litiscontestation aber kann die freiwillige Unterwerfung nicht mehr durch die blosse Behauptung eines Irrthums, sondern nur durch restitutio in integrum rückgängig gemacht werden.

§ 4.

Das aussergerichtliche Pactum.

Besonders bestritten für das römische Recht ist noch die Frage, ob der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung schon durch aussergerichtliches Pactum begründet werde, oder ob noch die aditio des Richters hinzukommen müsse?

Die ältern Juristen, die bei Glück[24]) citirt sind, fordern zur gültigen Prorogation nichts als den blossen Vertrag, also nudum pactum. Andere dagegen, zu denen auch Glück zu rechnen ist, sind der Meinung, dass zur Prorogation der blosse Vertrag nicht hinreichend sei, sondern es müsse, damit ein solches pactum Wirksamkeit erlange, von den Parteien der Richter noch angegangen werden; so lange dies nicht geschehen, könne jede Partei einseitig zurücktreten. Diese Verschiedenheit der Meinungen findet ihren Ursprung und zugleich ihre Erklärung in einem Widerspruch, in welchem zwei Stellen des Corpus juris zu stehen scheinen.

[24]) A. a. O. § 203 S. 211 ff.

Während nämlich l. 18 D. de jurisd. (2. 1):

„Si convenerit ut alius praetor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret, et priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare“, das blosse Pactum für unverbindlich erklärt, ist in l. 29 C. de paetis (2. 3) der entgegengesetzte Grundsatz ausgesprochen:

„Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam, licet antea dubitabatur, sive oporteret eandem scripturam tenere, et eum, qui hoc pactus est, non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestare, discedere quidem a scriptura, suo autem jure uti: sancimus, nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. Si enim ipso praetoris edicto, pacta conventa, quae neque contra leges, nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valent: cum alia sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renuntiare? Omnes itaque judices nostri hoc in litibus observent, et hujusmodi observatio et ad pedaneos judices et ad compromissarios, et arbitros electos perveniat, scituros, quod si neglexerint etiam litem suam facere intelliguntur.“ [25])

[25]) Durchaus übereinstimmend mit der l. 29 C. de pact. (2. 3) ist die l. 51 C. de episc. et cler. (1. 3): „Si quis in conscribendo

Zur Vereinigung beider Stellen sind die mannigfaltigsten Versuche gemacht, von denen nur die am öftesten wiederholten hier Platz finden mögen.

Zunächst hat man den Widerspruch dadurch zu beseitigen gesucht, dass man die l. 18 cit. von einem übereinstimmenden und beiderseitigen Rücktritt vom Pactum verstand,[26]) welcher bis zur aditio judicis zulässig sein solle, während nach den citirten Codexstellen der einseitige Rücktritt unzulässig sei.

Allein die Zulässigkeit eines beiderseitigen Rücktritts vom Pactum ist etwas so selbstverständliches, dass die l. 18 cit., wenn sie nur dieses hätte sagen wollen, nichts als eine Trivialität enthalten würde. Zudem ergeben aber die Worte der Stelle selbst, dass sie gerade von einem einseitigen Rücktritt sprechen will; denn die Worte: „nemo compelletur“ etc. können doch nur ausdrücken, dass die eine Partei, welche eben zurücktreten will, von der andern Partei, welche bei dem Pactum stehen bleiben will, nicht gezwungen werden könne.

instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam: sancimus non licere ei adversus pacta sua venire et contrahentes decipere: cum regula juris antiqui sit: omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renuntiare. Quam generalem legem in omnibus casibus obtinere sancimus, qui necdum per judicialem sententiam vel amicalem conventionem sopiti sunt.“

[26]) Noodt, de jurisd. et imper. l. 2 c. 14; Schulting, Comment. acad. Vol. 3 de jurisd. l. 2 t. 1 n. 14; Böhmer, Introductio in jus digest. de jurisd. l. 2 t. 1 n. 21; Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 12 Not. 31 a. E.

Ein anderer Versuch den Widerspruch auszugleichen, ist in der Richtung gemacht worden, dass die l. 18 cit. von einer prorogatio fori, dagegen die citirten Codexstellen von einem Verzicht auf ein Privilegium fori zu verstehen seien. Zuerst unterschied Durantis[27]) zwischen dem Vertrag, wodurch zwei Parteien einen gesetzlich incompetenten Richter anzugehen sich verpflichten, und dem Vertrag, durch den der Beklagte einem privilegium fori entsagt. Der erste Vertrag erzeuge keine Verbindlichkeit, jeder Theil könne bis zur Litiscontestation einseitig zurücktreten. Der zweite Vertrag sei gültig, denn, wer einen privilegirten Gerichtsstand hat, sei immer noch dem ordentlichen Richter unterworfen, und ex quo quis consentit in suum ordinarium: non potest ulterius dissentire. Dieser Satz scheint ihm enthalten zu sein in der l. 29 C. cit., in l. 1 § 1 D. de off. cons. (1. 10) und in l. 1 § 3 C. de ads. toll. (7. 17).

Duarenus[28]) fordert zur Begründung des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung die Subjectio der Parteien. Diese bestehe aus dem Consense und der aditio. Diese aditio ist jeder Act vor dem Richter, durch den man denselben anerkennt und liegt sie nicht erst in der Litiscontestation.

Er nimmt ferner an, dass die l. 18 cit. einen Vertrag im Auge habe, wodurch die Parteien zur Unterwerfung unter

[27]) Specul. jur. l. 2 pr. 1 de comp. jud. ad n. 15. 16.
[28]) Comment. in tit. de jurisd. ad l. si convenerit 18.

einen gesetzlich incompetenten Richter sich verpflichten, und rede nicht von einfachem Pactum. Dagegen l. 29 C. cit. spreche von einem Vertrag, durch welchen eine Partei ihren gesetzlich competenten Richter, den sie vermöge eines Privilegiums recusiren könnte, nicht abzulehnen verspricht.

In der Hauptsache stimmen mit Duarenus noch Cujacius[29], und Donellus[30]), mit dem Unterschiede, dass unter aditio die Litiscontestation zu verstehen sei.

Donellus sieht in dem Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung nichts anders, als ein forum contractus. Dieses Resultat zieht er aus l. 19 § 1 de judic. (5. 1).[31])

Glück[32]) unterscheidet ebenfalls zwischen eigentlicher Prorogation und Renuntiation auf ein privilegium fori. Nur die letztere soll ohne Weiteres gültig sein, erstere dagegen erst durch Angehung des Richters verbindlich werden.[33])

---

[29]) Ad Africanum tract. 7 ad l. 18 de jurisd.

[30]) Comment. de jur. civ. l. 17 c. 10 n. 3 ff.

[31]) Derselben Ansicht ist auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 12 Not. 15. Allein diese Ansicht ist nicht zu billigen; in dem forum contractus liegt auf keinen Fall eine stillschweigende Prorogation, vielmehr gründet sich dasselbe lediglich auf die Billigkeitserwägung, dass da, wo die Erfüllung verlangt werden kann, sie auch erzwungen werden könne.

[32]) A. a. O. § 203 S. 214.

[33]) Mit dieser Ansicht stimmen im Resultate ausser den älteren Juristen: Kemmerich, de jurisd. prorogata § 8—11; Lauterbach, Collect. theor. pract. l. 2 t. 1 de jurisd. n. 29, noch von den Neueren: Heffter a. a. O. § 167; Grolmann a. a. O. § 50; Linde a. a. O. § 101; Bergmann, Grundriss § 29; Bayer a. a. O. § 77 S. 235; Schmid a. a. O. § 50 S. 130 ff.

Von den neuern Schriftstellern fordert Wetzell[34]) für die ausdrückliche wie für die stillschweigende Prorogation die Litiscontestation. Eine vorher geschlossene Uebereinkunft könne nur indirect durch Verfügung einer Conventionalstrafe wirksam gemacht werden, falls sie nicht blos den Verzicht auf ein dem Beklagten zustehendes persönliches Privileg (z. B. der Schriftsässigkeit) enthalte. l. 51 C. und l. 29 C. cit.

Allein dieser Unterscheidung einer prorogatio fori (von welcher l. 18 cit. handele) und eines Verzichts auf ein privilegium fori wird man schwerlich beipflichten können, denn die renuntiatio fori ist nichts anders, als die Prorogation. Durch die Renuntiation auf den an sich zuständigen privilegirten Richter unterwerfen sich die Parteien einem aus einem andern Grunde nicht zuständigen Richter, und dieses Gericht bildet dann den gesetzlichen Gerichtsstand für dieselben, da ja die Voraussetzungen, der Thatbestand der freiwilligen Unterwerfung existirt.

Die l. 29 C. cit. redet demnach nicht von einem andern verschiedenen Vertrage, als die l. 18 cit., sondern sagt vielmehr, dass eben durch diesen Verzicht der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung begründet werde.

Endlich ist auch seit der Glossatorenzeit[35]) die Ansicht vertreten gewesen, dass zwischen den Thatbeständen

[34]) A. a. O. § 39 S. 480.
[35]) Vgl. die Citate bei Reatz a. a. O. S. 123.

der l. 18 cit. und der l. 29 cit. keine wesentliche Verschiedenheit bestehe. Aber man glaubte, dass der Unterwerfungsvertrag in l. 29 cit. gültig sei, weil schriftlich abgefasst, dagegen der in der l. 18 cit. ungültig, weil mündlich abgeschlossen worden sei. Ferner glaubte man, die l. 29 cit. spreche aus, der Beklagte könne vom Vertrag nicht zurücktreten und die l. 18 cit. räume dagegen dem Kläger das Rücktrittsrecht ein. Gegen diese Ansicht stellte die Glosse stare l. 18 de jurisd. die Rechtsregel: non debet actori licere, quod reo non permittitur (l. 41 pr. de R. J.).

Allein wie erklärt sich nun dieser Widerspruch beider Stellen im Corpus juris?

Handeln beide Stellen von demselben Pactum, dann stehen sie in directem Widerspruch zu einander und es kann nur die eine oder die andere das geltende justinianeische Recht enthalten. Selbstverständlich muss man dies in dem von Justinian selbst gegebenen Gesetz (l 29 de pactis 2. 3 und l. 51 C. de episc. et cler. 1. 3) suchen. Die von African herrührende l. 18 cit., wenn sie von demselben Pactum handelt, kann nicht mehr justinianeisches Recht gewesen sein. Auf welche Weise sie in das Corpus juris dennoch hineingekommen, darüber wird eine Aufklärung schwerlich gefunden werden können.

Nach dieser Auffassung würde das justinianeische Recht also dieses sein: Ein aussergerichtliches Pactum der freiwilligen Unterwerfung rücksichtlich einer bestimmten Streitsache ist gültig und für die Parteien bindend (l. 29

C. und l. 51 C. cit.), sofern nicht etwa irrthümlich die Parteien den vereinbarten Richter für aus einem andern Grunde zuständig hielten. Eine solche irrthümliche Annahme schliesst den Consensus und damit die competenzbegründende Wirkung des pactum aus, l. 2 pr. de jud. (5. 1). Nach der Litiscontestation aber kann eine solche irrthümliche Ansicht nicht mehr geltend gemacht werden. Nur durch restitutio in integrum kann dann etwa noch die Prorogationswirkung rückgängig gemacht werden.

Was nun an letzter Stelle die Wirkungen des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung betrifft, so sind dieselben ganz die gleichen, wie die der sonstigen Gerichtsstände, denn der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung gehört ebenfalls zu den gesetzlichen Gerichtsständen. Der prorogirte Richter hat über die streitenden Parteien dieselbe richterliche Gewalt, wie die andern Gerichte. Er kann daher gegen den Ungehorsamen mit Zwang und Strafmitteln verfahren, Urtheile vollziehen etc.

II. Heutiges Recht.

§ 5.

Im Allgemeinen.

Man nimmt, wie man es für das römische und gemeine Recht gethan hat, so auch für das Recht der deutschen Civilprozessordnung ziemlich allgemein an, dass der Grundgedanke der sogen. Prorogation der sei, dass

die Parteien vor demjenigen Richter Recht nehmen können, vor welchem sie übereinstimmend Recht nehmen wollen, dass die Prorogation also auf dem Grundgedanken einer Willensübereinstimmung oder Vereinbarung der Parteien beruhe.

Dieser Auffassung ist bezüglich des heutigen Rechtes zuerst Wach entgegengetreten.[36]) Nach ihm ist im Anhalt an eine vom Mittelalter her auf die Jetztzeit vererbte und seiner Ansicht nach unrichtige Rechtsanschauung, welche dahin geht, dass man die den Prorogationswillen ausschliessende Wirkung des Irrthums ignorirt und vielmehr die allgemeine Regel aufstellt, dass die Einrede der Incompetenz vor der Litiscontestation vorgeschützt werden müsse, widrigenfalls sie präcludirt sei, im heutigen Recht für den sogen. vereinbarten Gerichtsstand ein neues Rechtsprinzip an Stelle des alten getreten. Dieses neue Prinzip wird abgeleitet aus dem § 39 der Civilprozessordnung:

„Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat",

in Verbindung mit § 247 Abs. 1 und 2 der Civilprozessordnung.

Die vorbehaltlose Einlassung auf die Klage, so führt Wach aus, ist danach nicht mehr concludentes Factum für den Prorogationswillen. Nicht mehr ist die Unter-

[36]) A. a. O. im Archiv S. 373; vgl. ferner v. Bülow im Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 41 ff., besonders S. 44 Anm. 41.

werfung die Quelle der Competenz. Die Einrede der Incompetenz ist ein prozessualischer Vertheidigungsgrund, dessen Gebrauch ähnlich der sogen. exceptio judicis suspecti an eine bestimmte Zeitfrist gebunden ist, dessen Verschweigen die mangelnde Prozessvoraussetzung herstellt und dessen unverschuldete Versäumniss nur durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder ausgeglichen werden kann.

Man fordere nunmehr keinen Prorogationswillen, sondern nur, dass der Kläger die Klage bei dem incompetenten Richter erhebe, und der Beklagte sich auf sie vorbehaltlos einlasse. Durch die Einlassung sei eine Rüge der richterlichen Unzuständigkeit auf Grund nachweisbaren Irrthums über die Zuständigkeit für den Kläger ebenso ausgeschlossen, wie für den Beklagten.[37]) Nach der Reichs-Civilprozessordnung § 247 sei die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes „prozesshindernde Einrede" und diese können nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

[37]) Prozessordnung von Hannover §§ 19, 196; Oldenburg a. 21 § 1, a. 76 § 1; Baden §§ 49, 317; Württemberg a. 344, 349, 59, 64; Bayern a. 39; vgl. Wach a. a. O. S. 381.

Zu den verzichtbaren Einreden, argumentirt Wach weiter, gehört, soweit eine prorogatio fori zulässig ist, der Einwand der Incompetenz. Der Ausschluss desselben durch die Einlassung sei nicht Wirkung eines Verzichtes (denn es komme auf den Verzichtswillen nicht an), sondern auf den Nichtgebrauch. Das Gesetz gestatte den Gebrauch der Einrede der Unzuständigkeit, aber nur bis zur Litiscontestation. Von einer Möglichkeit, klägerischerseits nach erhobener Klage und erfolgter Einlassung durch Beweis des mangelnden Erstreckungswillens die Incompetenz geltend zu machen, sei überhaupt nicht die Rede. Dem Beklagten werde allerdings die Einrede der Incompetenz restituirt, sobald er ihre unverschuldete Versäumniss bescheinige. Aber dazu genüge die Bescheinigung des Irrthums nur, wenn zugleich die Schuldlosigkeit des Irrthums erhelle.

Da hiernach die blose Thatsache der Klageerhebung einerseits und der Einlassung andererseits die Zuständigkeit begründe, so sei das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes nach der Reichs-Civilprozessordnung nicht mehr „Vereinbarung", nicht Willensübereinkunft, sondern an Stelle des frühern Prinzips der Vereinbarung sei in der Reichs-Civilprozessordnung getreten das Prinzip der Präclusion.[38])

Da trotzdem sowohl in den Motiven[39]) des Entwurfes

[38]) Wach a. a. O. S. 383.

[39]) Motive zu §§ 38—40 des Entwurfes.

sehr bestimmt die Vereinbarung der Parteien als der Grundgedanke des gewillkürten Gerichtsstandes hervorgehoben, als auch im Gesetze selbst (§§ 38, 39) derselbe als eine Vereinbarung bezeichnet wird, so sieht Wach sich zu der Folgerung genöthigt, dass die Redaktoren sich über das in der That dem Gesetze zu Grunde gelegte Prinzip im Unklaren befunden hätten.[40])

Bülow[41]) stimmt in der Hauptsache mit Wach überein. Er sieht im § 247 nur eine Anwendung des sogen. Abwehr-, resp. Rechtsverwirkungs- oder Präclusionsprinzips. Die durch den Nichtgebrauch herbeigeführte Rechtsverwirkung, nicht die Vereinbarung der Parteien sei es, welche das unzuständige Gericht competent mache, m. a. W. das vom Kläger angegangene Gericht erhalte, wenn es nicht schon von Rechtswegen, ipso jure, competent sei, durch Unterlassung des Widerspruches die ihm bis dahin fehlende Competenz.

Dieser im § 247 der Civilprozessordnung ausgesprochene Grundsatz sei es, der im § 39 nochmals gelegentlich der Competenzfrage, hier aber eingekleidet in die Fictionsform, zum Ausdruck komme. Der § 39 sei nur eine Schlussfolgerung aus § 247. Da § 247 das blose Schweigen des Beklagten ohne Rücksicht auf eine zu Grunde liegende Prorogationsabsicht, competenzbegründend wirken lasse, so sei es auch unmöglich,

[40]) A. a. O. S. 382.
[41]) A. a. O. S. 42, vgl. S. 46.

den § 39 anders zu verstehen, als dass hier ebenfalls das Nichtgeltendmachen der Incompetenz die unmittelbare und von der Existenz einer Prorogationsabsicht unabhängige Rechtswirkung der Competenzbegründung haben solle, m. a. W. § 39 enthalte keine Präsumtion, sondern eine Fiction. Der Beklagte habe, wenn er vor einem nicht schon von Rechtswegen competenten Gericht belangt werde, nur ein Recht zum Widerspruch, zur Ablehnung, zur Abwehr des an einer ihm unbequemen Gerichtsstelle erfolgenden Prozessangriffes. Mache er von diesem Abwehrungsrecht keinen Gebrauch, so verwirke er es, denn es komme nur auf das Nichtgeltendmachen der Unzuständigkeit, auf die Unterlassung als solche an. Es sei dann ganz irrelevant, aus welchem Grunde die Geltendmachung unterblieben sei, ob irrthümliche Annahme der Competenz vorhanden gewesen sei, oder ob der Beklagte überhaupt an die Competenz gar nicht gedacht habe, also gar nicht in der Lage war, in dieser Richtung etwas zu wollen; er werde mit den Folgen unterlassenen Widerspruchs behaftet; das Gericht werde auf Grund seiner Unterlassung competent.[42])

Den letzten Grund dieser Auffassung des gewillkürten Gerichtsstandes, des sogen. Präclusionsprinzips, findet Wach[43]) in der germanischen Rechtsgewohnheit, der ein Rückgreifen auf die richterliche Incompetenz

[42]) Vgl. Bülow a. a. O. S. 44.
[43]) A. a. O. S. 378 Note 15.

nach einmal erfolgter Beantwortung der Klage unmöglich erschienen wäre.[44])

So richtig an sich ist, dass dem germanischen Prozess die schrittweise, urtheilsmässige Erledigung der einzelnen Fragen, insbesondere die definitive Erledigung der Frage nach der Pflicht zur Antwort vor der Verhandlung der Sache selbst entspricht, so galt meines Erachtens doch die Regel, dass der Mangel der Competenz seitens der Parteien gleich im Beginn des Rechtsstreites gerügt werden müsse, und dass nach der Litiscontestation die Geltendmachung desselben ausgeschlossen war schon im römischen Recht (vgl. § 4 dieser Abh.), und dieselbe entsprach durchaus der das judicium definitiv begründenden Natur der klassischen litiscontestatio.

Auch im römischen Recht galt bereits der Satz: dass Vereinbarung der Parteien den Richter zuständig mache und dass die freiwillig vollzogene Litiscontestation ohne vorherige Rüge der Unzuständigkeit als eine freiwillige Unterwerfung unter den angegangenen Richter anzusehen sei; mithin, soweit nicht staatsrechtliche Beschränkungen der Gerichtsbarkeit im Wege standen, einen gesetzlichen Zuständigkeitsgrund darstelle.

Die Entwickelung der prorogatio fori in Deutschland beruht lediglich auf dem römischen Recht. Die Lehre von dem Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung war

[44]) Vgl. auch Bülow a. a. O. S. 44 Anm. 41.

dem germanischen Rechte fremd und hat sich vielmehr auf römisch-rechtliche Anschauungen gegründet; wie denn auch alle Schriftsteller, welche seit der Reception des römischen Rechtes von der prorogatio fori handeln, auf die Italiener und damit zugleich auf das römische Recht verweisen.[45])

Unbedingt richtig und auch fast allgemein angenommen ist nun dieses: dass nach § 39 und § 247 der Reichs-Civilprozessordnung der blose Thatbestand der Klagerhebung einerseits und der vorbehaltlosen Einlassung andererseits (innerhalb der gesetzlichen Schranken der Prorogation) die Zuständigkeit begründet, ohne dass es eines auf Schaffung der Zuständigkeit gerichteten Willens der Parteien bedarf, und ohne dass die etwa irrthümliche Annahme eines andern Zuständigkeitsgrundes die Rechtswirkung jener Rechtshandlungen beeinträchtigt.[46])

In wie weit aber daraus der Schluss gezogen werden darf, dass die deutsche Civilprozessordnung an Stelle des frühern Grundgedankens einer „Vereinbarung" ein neues Prinzip, nämlich das „Präclusionsprinzip" gesetzt habe, und wie weit aus dieser Annahme praktische Schlussfolgerungen gezogen werden können, wird die folgende Darstellung

[45]) Vgl. auch Birkmeyer a. a. O. S. 47 ff.

[46]) Birkmeyer a. a. O. S. 9 und Renaud in Busch's Zeitschr. f. deutsch. CP. Bd. 5 S. 38 und 42 wollen auch im Fall des § 39 dem Mangel eines auf Schaffung eines Zuständigkeitsgrundes gerichteten Willens, insbesondere der irrthümlichen Annahme eines vorhandenen anderen Zuständigkeitsgrundes eine die Prorogation hindernde Wirkung in gewissem Umfange beilegen.

ergeben. Jedenfalls geht aus dem Wortlaut des Gesetzes, wie schon Petersen richtig bemerkt hat,[47]) hervor, dass der Gesetzgeber von dem Grundgedanken einer „Vereinbarung" der Parteien ausgeht.

Schon die Bestimmung, dass das Gericht durch „Vereinbarung" zuständig werde, zeigt an, dass der Gesetzgeber hier nicht lediglich an eine Präclusion dachte. Vor Allem aber der Umstand, dass eine aussergerichtliche Uebereinkunft unter den Parteien die Zuständigkeit des Gerichts begründet, lässt es bedenklich erscheinen, die Vorschriften der Civilprozessordnung lediglich als die Consequenzen eines sogen. Prinzipes der Präclusion aufzufassen.

§ 6.

Aussergerichtliches Pactum.

Nach § 38 der Civilprozessordnung unterliegt es keinem Zweifel, dass eine aussergerichtliche Vereinbarung den Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung begründet, wie dies unserer Ansicht nach auch im spätern römischen Recht schon der Fall war. Die Fragen, ob ein solches Pactum für sich bindend sei, oder erst durch die wirkliche Angehung des Richters bindend werde, ferner ob die Zustimmung des anzugehenden Richters erforderlich sei

[47]) „Zur Lehre von der Vereinbarung" in der Zeitschr. für deutsch. Civilprozess Bd. III. S. 247 a. E. u S. 248.

oder ihm mindestens ein Ablehnungsrecht zustehe, können nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes für das heutige Recht gar nicht aufgeworfen werden. Darin stimmen auch alle Commentatoren der Reichscivilprozessordnung überein.

Das Gesetz schreibt für die Vereinbarung keine bestimmte Form vor; es genügt also, dass die Parteien sich vor oder nach Erhebung der Klage, in irgend einer Weise darüber geeinigt haben, dass ein bestimmtes Gericht ihren Rechtsstreit entscheiden solle, und es ist einerlei, ob der Vorschlag zu dieser Vereinbarung vom Kläger oder vom Beklagten ausgegangen ist. Dass die Parteien sich schon bei dem Abschluss eines Vertrages über die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes einigen können, ist selbstverständlich.[48])

Der erklärte Consens der Parteien, also das nudum pactum, macht das Gericht zuständig und bindet sowohl die Parteien als den Richter. Es gibt dem Letzern eine Zuständigkeit, die er aus einem andern Grunde nicht besass und nöthigt ihn, eine Streitsache, die der Vertrag der Parteien an ihn gebracht hat, anzunehmen und zu entscheiden. Die freiwillige Unterwerfung der Parteien ist der gesetzliche Grund, welcher dem Gericht, das Recht

[48]) Vgl. Petersen, Commentar zur CPO. Bd. I. S. 110 ff.; Gaupp, die CPO. für das deutsche Reich Bd. I. S. 123 Anm. 1 zu § 38. Struckmann u. Koch, die CPO. für das deutsche Reich, IV. Aufl. S. 34 ff.; Seuffert, die CPO. für das deutsche Reich II. Aufl. S. 48.

und die Pflicht gibt, die Sache zu verhandeln und abzuurtheilen, wie jeder andere gesetzliche Zuständigkeitsgrund ihm dieses Recht und diese Pflicht gibt.[49])

§ 7.

Freiwillige Unterwerfung vor Gericht.

Die vor Gericht erfolgende freiwillige Unterwerfung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. In beiden Fällen ist sie Prozessrechtsgeschäft[50]) und daher sowohl in formeller als materieller Beziehung lediglich nach den Grundsätzen des Prozessrechtes zu beurtheilen.

Für die ausdrückliche Unterwerfung gelten keine besondern Grundsätze, und soll dieselbe hier nicht näher erörtert werden.

Rücksichtlich der stillschweigenden Unterwerfung dagegen enthält der § 39 der Civilprozessordnung die besondere Bestimmung: „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat."

Und diese Bestimmung ist es, deren juristische Auffassung streitig ist. Zunächst ist es wohl ausser Zweifel,

---

[49]) Vgl. auch die Paragraphen oben in dem römisch-rechtlichen Theile.

[50]) Ueber den Begriff desselben vergl. Schultze, Privatrecht und Prozess in ihren Wechselbeziehungen Bd. I. S. 288.

dass diese Bestimmung an den nackten in ihr bezeichneten Thatbestand die Zuständigkeit des Richters als Rechtsfolge anknüpft, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Unterwerfungswille der Partei im concreten Fall vorhanden war oder nicht.

Grade deshalb haben die oben genannten Schriftsteller aus dieser Bestimmung den Satz hergeleitet, dass der vereinbarte Gerichtsstand nach heutigem Recht nicht auf dem Prinzip der Vereinbarung, sondern auf dem Präclusionsprinzip beruhe.

Eine andere juristische Erklärung hat Fitting[51]) gegeben. Er verwirft das sogen. Präclusionsprinzip, „denn schon nach dem Causalgesetze könne durch blosse Unterlassung eines positiven Eingreifens eine positive Wirkung nicht hervorgerufen werden und etwas noch nicht Vorhandenes nicht geschaffen werden.“ Wenn nun aber weder die Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede noch die möglicherweise rein irrthümliche Klagerhebung es sein könne, welche dem unzuständigen Gericht im Falle des § 247 und des § 39 die Zuständigkeit verleiht, so bleibe nichts übrig, als anzunehmen, dass diese Zuständigkeit, schon vor der Klagerhebung vorhanden gewesen sei. Darnach gelange man zu der vor allen bisherigen Ansichten sehr abweichenden Grundanschauung: „Jedes ordentliche Gericht erster Instanz ist für jede

[51]) A. a. O. S. 243 ff.

Klage zuständig, d. h. zu ihrer Verhandlung und Entscheidung befähigt und befugt.

Diese Regel erleide jedoch eine zweifache Ausnahme:

1) Mit Rücksicht auf die Interessen des Beklagten, indem es ihm in vielen Fällen gestattet sei, selbst bei einem an sich zuständigen Gerichte die Einlassung auf die Klage abzulehnen und die Unzuständigkeitseinrede zu erheben. Mache der Beklagte von dieser Befugniss Gebrauch, so könne man zwar juristisch nicht sagen, dass dem Gericht die Zuständigkeit abgehe; allein die Zuständigkeit sei in der Bethätigung gehemmt und könne sich nicht mit Wirksamkeit geltend machen.[52])

2) Die andere Ausnahme finde statt mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse, indem in gewissen Fällen bestimmte Gerichte mit Ausschluss der andern, für zuständig erklärt seien.

Fitting gibt selbst zu, dass sein Standpunkt mit dem Ausdrucke der Reichscivilprozessordnung und den Aeusserungen der Motive im Widerspruch stehe, aber daraus folge nichts, als dass unsere Gesetzgeber noch zu sehr in der gemeinrechtlichen Anschauung befangen gewesen seien, und von dem neuen Grundprinzipe, welches sie durch ein richtiges praktisches Gefühl geleitet, in den Bestimmungen des Gesetzbuches zu folgerechter

[52]) A. a. O. S. 248.

Durchführung brachten, noch kein klares Bewusstsein gehabt hätten.[53])

Wenn das Gesetz von Begründung der Zuständigkeit durch Vereinbarung rede, da wolle es sagen: eigentlich braucht die Zuständigkeit nicht erst durch die Parteien begründet zu werden, da sie ja gesetzlich schon vorhanden ist; sondern es ist nur dem Beklagten gestattet, vertragsmässig zu verzichten auf Hemmung der Zuständigkeit dieses Gerichtes; d. h. in der Ausdrucksweise des Gesetzes, auf die Einrede der Unzuständigkeit.[54])

Dieser Argumentation gegenüber hat bereits Birkmeyer[55]) bemerkt, dass dann im Gesetze, ja in einem und demselben § 38, mit Vereinbarung, bald eine wirkliche Vereinbarung der Parteien, bald etwas total anders (nämlich gesetzliche Präclusion oder Hemmung der Zuständigkeit durch Verzicht) bezeichnet sei. Ausserdem würde sich aus dieser Ansicht ergeben, dass auch das Schweigen im Falle des Nichterscheinens des Beklagten die nämliche Wirkung äussern müsse und für eine richterliche Amtsprüfung der Zuständigkeit kein Raum bliebe, was allerdings auch von Fitting und Wach angenommen wird.[56])

[53]) Vgl. Fitting a. a. O. S. 251.

[54]) Fitting a. a. O. S. 250, 253.

[55]) Birkmeyer a. a. O. S. 3 a. E. und S. 6 N. 14.

[56]) Diese Frage wird unten näher erörtert werden. Gegen Fitting's Annahme einer allgemeinen Zuständigkeit aller Gerichte vgl. Wach in Rassow u. Küntzel, Beiträge Bd. 24 S. 728 ff. und Renaud a. a. O. S. 31 ff.

Suchen wir nun die Natur der Bestimmung des § 39 der Civilprozessordnung und ihr Verhältniss zu § 247 daselbst zu bestimmen.

Der § 39 der Civilprozessordnung betrifft einen besondern Fall der Prorogation, nämlich einen Fall der stillschweigenden Vereinbarung. In ihm wird bestimmt, dass eine Vereinbarung kraft Gesetzes als vorhanden angenommen werden soll, wenn der Beklagte zur Hauptsache mündlich verhandelt, ohne sich der Rüge der Unzuständigkeit zu bedienen. Es wird durch diesen § nicht die Vereinbarung selbst geregelt, sondern es wird für einen bestimmten Fall vorgeschrieben, dass der Thatbestand der vorbehaltlosen Einlassung dieselbe Wirkung haben soll, wie sie einer Vereinbarung über den Gerichtsstand beiwohnt.

Wir haben es also hier mit einer sogen. Fiction zu thun, wie sie vielfach in der Civilprozessordnung vorkommen. Und dadurch ist die Frage, welchen Willen, oder welche Absicht die Parteien bei Vollziehung jenes Thatbestandes gehabt haben, oder ob sie dabei überhaupt einen über jenen Thatbestand hinausgehenden Willen gehabt haben, ausgeschlossen. Daraus ergibt sich dann auch von selbst, dass ein nachträglicher Beweis, dass ein Prorogationswille nicht vorgelegen habe, dass Beklagter vielmehr irrthümlich das Gericht für ohnehin zuständig gehalten habe, die Competenzbegründung nicht ausschliessen kann.[57])

[57]) Vgl. Petersen a. a. O. in Zeitschrift S. 247 und CPO. zu § 38, 39 No. 4; Gaupp a. a. O. Anm. I zu § 39 S. 126; Bülow

Dieselbe Folge ergibt sich für denselben Thatbestand auch aus § 247 der Civilprozessordnung.

Nach der Bestimmung dieses § sind prozesshindernde Einreden regelmässig vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzuschützen, widrigenfalls dieselben verloren werden, und zu den 6 daselbst aufgeführten prozesshindernden Einreden gehört auch die Einrede der Unzuständigkeit. Auch diese Einrede wird also nach § 247 durch vorbehaltlose Einlassung präcludirt, soweit auf dieselbe überhaupt verzichtet werden kann, d. h. soweit nicht nach § 40 der Civilprozessordnung eine Prorogation ausgeschlossen ist.

Da mithin das Unterlassen der Rüge der Unzuständigkeit in Verbindung mit der Einlassung zur Hauptsache die Competenz begründet, so ergibt sich, dass im Falle des § 39 und des § 247 der Civilprozessordnung allerdings eine Präclusion der Unzuständigkeitseinrede stattfindet. Allein nicht an das blosse Unterlassen der Unzuständigkeitseinrede, sondern an die Einlassung zur Hauptsache knüpfen beide Gesetzesstellen die competenzbegründende Wirkung. Man wird daher ein Prinzip der Präclusion aus diesen Bestimmungen abzuleiten, und das ganze Institut unsers Gerichtsstandes auf ein solches Prinzip zurückzuführen nicht in der Lage sein.

a. a. O. S. 42 ff.; v. Amsberg a. a. O. S. 79, 94; Wach a. a. O. S. 381 ff.; Seuffert a. a. O. Anm. 4 zu § 39 S. 48 ff.; Struckmann u. Koch a. a. O. § 39.

Es fragt sich nun noch, ob auch die weitergehenden Bestimmungen des § 247 Absatz 3 auf dem Fall des § 39 (Einlassung ohne Vorschützung der Unzuständigkeitseinrede) Anwendung finden.

Nach § 247 Absatz 3 können nämlich auch die verzichtbaren prozesshindernden Einreden nach der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache dann noch vorgebracht werden, wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden ausser Stande war, dieselbe vor seiner Einlassung zur Hauptsache vorzuschützen.

Es fragt sich, ob diese Restitution auch auf die versäumte Einrede der Unzuständigkeit sich beziehe, oder ob dieselbe hier durch § 39 der Civilprozessordnung ausgeschlossen werde.

Die Ansichten über diese Frage gehen auseinander.

Die Einen[58]) sind der Ansicht, dass die Bestimmung des § 247 Absatz 3 nach richtigen Grundsätzen der Auslegung doch wohl auf die sämmtlichen prozesshindernden Einreden, also auch auf die Unzuständigkeitseinrede bezogen werden müsse, trotz des § 39 der Civilprozessordnung, welcher kein unübersteigliches Hinder-

---

[58]) Fitting a. a. O. S. 226, 227 ff.; Wach a. a. O. S. 382, 383; Endemann, Oomm. Bd. I. S. 609; Birkmeyer a. a. O. S. 14; v. Amsberg a. a. O. S. 94 f.; Gaupp a. a. O. Bd. I. S. 127, Bd. II. S. 64; v. Wilmowski u. Levy, CPO. 2. Aufl. S. 64 N. 1, S. 322 N. 6; Struckmann u. Koch a. a. O. S. 30 Anm. zu § 39.

niss mache; denn wenngleich nach derselben nicht zu leugnen stehe, dass durch vorbehaltlose Einlassung zur Hauptsache die Zuständigkeit des Gerichtes begründet werde, so müsse doch, wenn der Beklagte gegen die Versäumung der Unzuständigkeitseinrede Restitution erhalte, die durch jene Versäumung herbeigeführte Rechtsfolge der Prorogation des Gerichtes ebenfalls wieder wegfallen. Als Restitutionsgrund ist aber die nach der Civilprozessordnung § 247 Absatz 3 gestattete Nachbringung prozesshindernder Einreden auf Grund der Glaubhaftmachung unverschuldeter Verspätung juristisch aufzufassen.

Die Andern[59]) dagegen behaupten, dass selbst auf Grund des Beweises eines entschuldbaren Irrthums die Einrede der Unzuständigkeit, wenn der Beklagte ohne vorherige Rüge derselben zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, nicht mehr geltend gemacht werden könne. Also diese Schriftsteller nehmen von der durch den § 247 Absatz 3 gewährten Restitution die Rüge der Unzuständigkeit aus, einmal (Seuffert) weil der § 39 eine Fiction enthalte, und ferner Bülow) weil die Versäumniss der Rüge ohne jeden Vorbehalt als Competenzgrund hingestellt sei.

Nach den früheren Ausführungen muss meines Er-

[59]) Seuffert a. a. O. S. 283, 284 Bem. N. 3; Bülow a. a. O. S. 42 Note 38; Fitting, der Reichscivilprozess, V. Aufl. § 16 Anm. 2.

achtens der erstern Ansicht beigepflichtet werden, denn die Bestimmung im § 247 Absatz 3 ist von allen prozesshindernden Einreden gegeben und trifft mithin auch die Unzuständigkeitseinrede. Als Restitutionsgrund genügt aber nicht die Glaubhaftmachung eines Irrthums über die Zuständigkeit, sondern der Beklagte muss glaubhaft machen, dass er „ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei", den Einwand vor Einlassung zu erheben.

Eine solche in integrum restitutio wird auch durch den Begriff der Fiction nicht ausgeschlossen. Der Aufnahme eines Vorbehaltes in den § 39 bedurfte es nicht, da nicht nur § 39 den § 247, sondern auch der § 247 den § 39 ergänzt. Der Wortlaut des § 247 gestattet nicht, ohne ausdrückliche Bestimmung die Einrede der Unzuständigkeit von der Zulässigkeit der Restitution auszunehmen. Der unverschuldeten Verhinderung des Beklagten wird durch § 247 Absatz 3 der Civilprozessordnung eine rechtliche Wirkung beigelegt; dem Irrthum des Klägers dagegen versagt das Gesetz nach geschehener Einlassung des Beklagten jede rechtliche Bedeutung, da derselbe nach § 243 seine Klage ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung desselben zur Hauptsache zurücknehmen kann.[60])

[60]) Vgl. auch v. Amsberg a. a. O. S. 95.

§ 8.

Ist im Falle totaler Versäumniss des Beklagten stillschweigende Unterwerfung anzunehmen?

Die wichtigste der über unsern Gerichtsstand obwaltenden Streitfragen ist wohl die:

Ist, wenn der Beklagte total säumig ist, also überhaupt nicht erscheint, ebenfalls freiwillige Unterwerfung anzunehmen, oder muss in diesem Falle das Gericht seine Zuständigkeit ex officio prüfen?

Auch hierüber existiren in der Literatur verschiedene Ansichten:

Wach[61]) folgert aus dem von ihm aus § 247 und § 39 der Reichscivilprozessordnung abgeleiteten Prinzip der Präclusion, dass auch im Falle totaler Versäumniss stillschweigende Prorogation im Sinne des § 39 anzunehmen sei, (soweit solche nach § 40 der Civilprozessordnung überhaupt zulässig). Wenn die Einrede der Unzuständigkeit überhaupt durch Verschweigen verwirkt werde, so werde sie es auch im Falle des gänzlichen Schweigens.[62])

---

[61]) A. a. O. S. 385 ff., S. 388 ff.

[62]) Im Resultate stimmen mit dieser Ansicht überein noch: Löning, „die Widerklage im Reichscivilprozesse“ in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. IV. S. 178 ff. und Schwalbach im Archiv für civil. Praxis Bd. 64 S. 258 Note 4.

Nach der Reichs-Civilprozessordnung sei das Prorogationsprinzip Präclusionsprinzip. Nicht die Willensübereinkunft der Prozesssubjecte, sondern die Präclusion der Incompetenzeinrede schaffe Prorogation. Soweit Prorogation möglich sei, gebe es, wie kein Officialinteresse an der Competenzordnung, so auch keine Officialprüfung der Competenzfrage und zwar ebensowenig im Fall der Versäumniss, wie im Fall des Erscheinens beider Theile. Die Versäumniss des Beklagten wirke seinen Eintritt in den Streit, die „fingirte Litiscontestation", unter Zugeständniss der Thatsachen und für Versäumniss der Incompetenzeinrede. Ob diese durch Schweigen des mündlich Verhandelnden oder durch Nicht-Erscheinen versäumt werde, das sei völlig gleich. Die Redactoren des Entwurfs hatten allerdings diese einfachen Sätze nicht erkannt, weil sie in dem gemeinrechtlichen Prorogationsgedanken befangen gewesen seien.[63])

Fitting[64]) ist ebenfalls der Ansicht, dass beim Ausbleiben des Beklagten eine stillschweigende Prorogation anzunehmen sei, dass der Richter in allen Fällen, in denen eine prorogatio fori zulässig sei, seine Zuständigkeit nicht von Amtswegen zu prüfen habe, sondern nur auf erhobene Einrede der Unzuständigkeit.

Fitting folgert dies aus seinem Prinzip der Unbeschränktheit der Competenz, wonach also das Schweigen

[63]) A. a. O. S. 395 ff.
[64]) A. a. O. S. 229 ff.

des Beklagten die einzig mögliche Hemmung der gesetzlich begründeten Competenz beseitige.[65])

Diesen beiden Ausführungen vermag ich mich nicht anzuschliessen und zwar aus folgenden Gründen:

Aus den Motiven zu dem Entwurfe der Civilprozessordnung und aus den Verhandlungen der Justizcommission des Reichstages geht deutlich die Absicht der Factoren der Gesetzgebung hervor, dass das Gericht seine sachliche und örtliche Zuständigkeit allemal von Amtswegen prüfen solle, wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint und der erschienene Kläger die Erlassung des Versäumnissurtheils gegen den nicht erschienenen Beklagten beantragt.

Dieses ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen. Rücksichtlich derselben können wir auf die erschöpfenden Ausführungen v. Amsberg's verweisen.[66])

Zunächst in der hannoverschen Commission[67]) zur

[65]) Wach und Fitting stimmen zwar in der Hauptsache mit einander überein, weichen aber von einander ab im Betreff der Auffassung der durch die CPO. gesetzten Competenzordnung. Fitting a. a. O. S. 243 widerspricht dem von Wach aufgestellten Präclusionsprinzip, und Wach in den Beiträgen zur Erörterung des deutschen Rechtes, herausgegeben von Rassow und Küntzel, 3. Folge IV. Jahrgang (Berlin 1880) S. 704 und S. 728 ff. dem von Fitting vertheidigten Prinzip der Unbeschränktheit der Competenz.

[66]) A. a. O. S. 62 ff.

[67]) Diese Commission, von der Majorität der deutschen Bundesstaaten, jedoch nicht von Preussen beschickt, ist in Hannover am 13. Sept. 1862 zusammengetreten. Die Protokolle über ihre Ver-

Berathung einer allgemeinen deutschen Civilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten, fand der Standpunkt der hannoverschen Civilprozessordnung, wonach eine stillschweigende Vereinbarung auch dann angenommen wurde, wenn der Beklagte ungehorsam ausblieb, keine Vertretung.[68])

Mit dem hannoverschen Entwurf steht der preussische Entwurf wesentlich im Einklang.[69])

Dieselbe Folgerung, wie die beiden vorangehenden Entwürfe, hat auch der Entwurf einer Civilprozessordnung für Württemberg vom 3. April 1868 Art. 24 Abs. 3 und

---

handlungen (17 F.-Bände nicht im Buchhandel erschienen) enthalten ein umfassendes und werthvolles wissenschaftliches Material.

[68]) Das Nähere vgl. bei v. Amsberg a. a. O. S. 62 ff. und Hannov. Protokolle Bd. II. Sitzung 42 S. 552 ff. Aus den Berathungen der Commission ergibt sich, dass dieselbe im Falle der *contumacia* des Beklagten eine stillschweigende Vereinbarung nicht annehmen wollte, vielmehr kam in ihr die Absicht zur Geltung, dass in einem solchen Falle das Gericht seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen habe. Vgl. v. Amsberg a. a. O. S. 64; Hannov. Protokolle Bd. XV. S. 5534–5537, Bd. V. S. 1704–1708, S. 1721–1724, Bd. XIII. S. 4833 ff., Bd. XVI. S. 5854.

[69]) Der preuss. Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Streitigkeiten für den preussischen Staat vom Jahre 1864, der mit dem hannov. Entwurf gleichzeitig berathen worden, und vor dessen zweiter Lesung bereits publicirt war. Vgl. v. Amsberg a. a. O. S. 65; vgl. auch § 20 Abs. 4 des Nürnberger Gesetzesentwurfes, welcher in Uebereinstimmung mit der einschlagenden Bestimmung des preussischen Entwurfes bestimmt: „daraus, dass der Beklagte der den Prozess einleitenden Vorladung keine Folge leistet und ein Contumacialerkenntniss wegen Nichterscheinen gegen sich ergehen lässt, ist eine stillschweigende Prorogation nicht herzuleiten."

Art. 59, und die bayerische Civilprozessordnung vom 29. April 1869 Art. 39.[70])

Die im Jahre 1868 zusammengetretene Commission zur Ausarbeitung eines Entwurfes einer Civilprozessordnung für den norddeutschen Bund legte ihren Berathungen die in hannoverschen und preussischen Entwürfen enthaltenen Bestimmungen als äussern Leitfaden zu Grunde und hat sich ganz der Auffassung derselben angeschlossen.

Der norddeutsche Entwurf hat den § 27 Abs. 2 des hannoverschen Entwurfes in demselben Sinne aufgenommen, in welchem er hier beschlossen war.[71])

Bei der definitiven Feststellung des norddeutschen Entwurfes wurden die Bestimmungen über die Prorogation ohne sachliche Aenderung in folgender Fassung beibehalten:

---

[70]) Vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages in den Jahren 1863/65, Beilagenband III., Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses, Sitzungsprotokolle I. Abtheilung 1864/65.

[71]) Dieselbe Ansicht finden wir in den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 23 S. 8, 9, wo es heisst: — — — Dagegen fehlt es an schlüssigen Handlungen, aus welchen der Wille der Prorogation entnommen werden konnte, wenn der Beklagte auf die an ihn ergangene Ladung nicht erscheint. Aus seinem Ausbleiben kann nicht geschlossen werden, dass er die Zuständigkeit des Gerichtes anerkannt, denn es ist möglich, dass er gerade desshalb nicht erscheint, weil er das Gericht für unzuständig hält und erwartet, dass dasselbe die Klage wegen Unzuständigkeit von Amtswegen abweisen werde, auch wenn er die Einrede der Incompetenz nicht vorbringe. In Bd. 25 S. 217 ff. wird dasselbe ausgesprochen.

§ 76 Abs. 1, 2:

„Ein an sich unzuständiges Gericht der ersten Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien (Prorogation) zuständig. — — Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur mündlichen Hauptsache verhandelt hat."

Die Fassung des § 76 Abs. 1 des norddeutschen Entwurfes stimmt wörtlich mit dem § 38 der Reichs-Civilprozessordnung und die des Abs. 2 mit dem § 39 unserer Prozessordnung überein, jedoch mit dem unerheblichen Unterschiede, dass dort „zur mündlichen Hauptsache", hier dagegen „zur Hauptsache mündlich" steht. Die §§ 38 und 39 der Reichs-Civilprozessordnung verdanken also ihre Entstehung der norddeutschen Commission.[72])

Der im Jahre 1871 im königl. preuss. Justizministerium bearbeitete und von dem verstorbenen Justizminister Dr. Leonhard verfasste erste „Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung" lehnt sich vollständig an den norddeutschen Entwurf mit unerheblichen Redactionsänderungen an.[73]) Dieser preussische Justizministerialentwurf reproducirt den § 76 Abs. 1 und 2 des norddeutschen Entwurfes in den §§ 37 Abs. 1 und 38.

[72]) Vgl. norddeutsche Protokolle Bd. I. S. 72, vgl. auch S. 22 und v. Amsberg a. a. O. S. 68 ff.

[73]) Berlin, Decker, 1871.

Zur Rechtfertigung des § 38 führte die dem Entwurf beigegebene „besondere Begründung“ (S. 263) in Anlehnung an die Motive des preussischen Entwurfes von 1864 aus: „Im § 38 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben, welcher auch in andern neuern Gesetzen (Hannover § 19, Baden § 49, Württemberg Art. 59, Bayern Art. 39) eine spezielle Berücksichtigung gefunden hat. Wenn nämlich der Beklagte vor einem unzuständigen Gerichte, ohne die Unzuständigkeit zu rügen (§ 225), zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, dass er sich diesem Gerichte freiwillig unterwerfe. Dagegen bestimmt der Entwurf nicht, dass eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung ausbleibt. Denn aus der Thatsache des Ausbleibens ist eine Unterwerfung des Beklagten unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern; der ausbleibende Beklagte kann erwarten, dass das unzuständige Gericht von Amtswegen seine Unzuständigkeit aussprechen werde.“ [74])

---

[74]) Der § 38 dieses Justizministerialentwurfes ging, von unerheblichen redactionellen Aenderungen abgesehen, in den § 39 des Entwurfes der „zur definitiven Feststellung des Entwurfes einer PO. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das deutsche Reich berufenen Commission“ (Reichscommission), sodann in den § 39 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes (Entwurf des Bundesrathes) und endlich in den § 39 der RCPO. über.

Diese Ausführungen der „besondern Begründung“ zum § 38 des preussischen Justizministerialentwurfes hatten weder in der Reichscommission, noch im Bundesrathe Widerspruch erfahren — sie konnten daher im Wesentlichen den Motiven zum § 39 des Entwurfes der Reichscommission und des Bundesrathes einverleibt werden.

Dieser zweifellosen Absicht der gesetzgebenden Factoren, welche an sich ja nicht entscheidend sein würde, entspricht nun auch durchaus der Wortlaut des Gesetzes, insbesondere des § 39. Mit Recht sagt der oberste Gerichtshof Deutschlands[75]):

„In der That hätte auch der § 39 der Civilprozessordnung kaum die vorliegende Fassung erhalten können, wenn der Gesetzgeber nicht dieselbe Auffassung gehabt hätte. Bei einer andern Auffassung hätte es doch näher gelegen, dem § 39 die Fassung zu geben, dass stillschweigende Vereinbarung sowohl dann, wenn Beklagter in der mündlichen Verhandlung nicht erscheine, als wenn er ohne Rüge der Unzuständigkeit zur Hauptsache mündlich verhandle, anzunehmen sei. Auch die Annahme, dass der nicht erscheinende Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit verwirkt habe, damit präcludirt sei, ist nicht zu billigen. Dies würde nur dann angenommen werden können, wenn das Gesetz die Präclusion für

[75]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. I. S. 441 ff.

diesen Fall statuirte. Eine solche Bestimmung enthält aber die Civilprozessordnung namentlich im § 296 nicht, vielmehr schliesst § 247 die dort aufgeführten prozesshindernden Einreden, unter welchen auch die der Unzuständigkeit des Gerichtes aufgeführt ist, erst nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache, nicht also im Falle des Nichterscheinens des Beklagten aus.“ [76])

Da die Zuständigkeit des Gerichtes zu den Voraussetzungen eines gültigen Verfahrens in der Sache gehört, so hat der Richter in jedem Falle, wie nach dem bisherigen gemeinen sowohl, als preussischen Prozessrecht, seine Zuständigkeit ex officio zu prüfen und zwar auch dann, wenn die Einrede der Unzuständigkeit seitens des Beklagten nicht erhoben ist, oder wenn der Kläger die Zuständigkeit auf Vereinbarung der Parteien, oder auf Gesetz gründet.

„Falls die Zuständigkeit, erklärt das Reichsgericht [77]), auf Vereinbarung gegründet wird, muss der Richter prüfen, ob die Vereinbarung zu Stande gekommen, und ob sie namentlich mit Rücksicht auf die Vorschrift im § 40

[76]) Dieser Ansicht ist auch die grosse Mehrzahl der Schriftsteller; vgl. unter Andern: Gaupp a. a. O. zu § 39; Struckmann u. Koch a. a. O. zu § 39; v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 64, 65; Seuffert a. a. O. S. 39; Petersen a. a. O. Bd. I. Bem. 4 zu § 39 a. E.; ferner v. Amsberg a. a. O. S. 60 ff.; Bülow a. a. O. S. 32 N. 20; Birkmeyer a. a. O. S. 7 ff.; Kohler in der krit. V.-J.-S. Bd. 22 S. 391 ff. u. A.

[77]) Entscheidungen des Reichsgerichts a. a. O. S. 442 ff.

Absatz 2 der Civilprozessordnung rechtsbeständig ist. Wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung erscheint und zur Hauptsache verhandelt, ohne vorher die Unzuständigkeit gerügt zu haben, so ist die richterliche Entscheidung über die Zuständigkeit nach § 39 der Civilprozessordnung von selbst gegeben. Das Gesetz schreibt vor, dass in diesem Falle stillschweigende Vereinbarung anzunehmen sei; durch dieselbe aber ist nun die Zuständigkeit begründet."

Aus dieser Ausführung ergibt sich, dass aus dem Ausbleiben des Beklagten ohne Weiteres nicht Competenz gefolgert werden kann, vielmehr muss auch in diesem Falle der Richter seine Competenz prüfen, wie sonst in andern Fällen.

Bei dieser Prüfung der Zuständigkeit hat aber der Richter die vom Kläger zur Begründung der Competenz behaupteten Thatsachen gemäss des § 296 der Civilprozessordnung als vom Beklagten zugestanden anzunehmen und bei der Entscheidung über seine Competenz zu Grunde zulegen.

Hierin hat Wach[78]) eine logische Unmöglichkeit gesehen. Wenn man dieser Annahme beitrete, so meint er, und das „thatsächliche mündliche Vorbringen" im § 296 der Civilprozessordnung auch auf die Competenzthatsachen beziehe, so sei, wenn nicht völliger Widersinn

[78]) A. a. O. S. 392 ff.

in die Civilprozessordnung hineingetragen werden solle, auch für die Prorogation im Versäumnissfalle entschieden. Wer die Prorogation im Versäumnissfalle verwerfe, müsse folgerichtig den Richter verpflichten, die Zuständigkeit zu untersuchen und die Klage abzuweisen, wenn entweder das Klagevorbringen, seine Wahrheit vorausgesetzt keinen Competenzgrund enthalte, oder wenn es zwar einen solchen enthalte, aber die darauf bezüglichen Thatsachen unwahr seien. Dies rechtfertigt er durch folgende Worte:

„Offenbar bewegen sich diejenigen, welche im Versäumnissfalle die Officialprüfung der Zuständigkeit fordern, und zugleich die Versäumnissfolge des Zugeständnisses als Grundlage für diese Prüfung denken, in einem unlöslichen Widerspruche. Man lässt die Versäumnissfolge eintreten, wendet § 296 an und folgert dann aus den als zugestanden angenommenen Thatsachen die Competenz. Das ist ein vollkommenes Hysteron-Proteron. Die Versäumnissfolge des § 296 setzt die Zuständigkeit des Gerichtes und die Defensionspflicht des Beklagten voraus, und man will die Zuständigkeit aus der Versäumnissfolge entnehmen. Diese ist die aufgezwungene und wegen der Passivität für den Beklagten ungünstig gestaltete Einlassung auf den Streit. Der Beklagte wird behandelt, als bestreite er den Anspruch, als gestehe er die ihn fundirenden Klagebehauptungen zu. Die Versäumnissfolge ist also das durch die Fiction des Gesetzes ge-

gebene tiefste Eintreten in das Prozessrechtsverhältniss. Und nun soll, nachdem man diese Versäumnissfolge realisirt hat, nachträglich die Officialprüfung erfolgen, ob das Gericht zuständig, ob also der Beklagte überhaupt zur Einlassung verpflichtet gewesen. Und das soll geschehen auf Grund der wegen der Versäumniss als zugestanden fingirten Thatsachen. Die Prorogation im Versäumnissfalle verneinen, daraus die Nothwendigkeit der Officialprüfung der Zuständigkeit ableiten, aber vor dieser Officialprüfung als Versäumnissfolge das Präjudiz der sogen. affirmativen Litiscontestation realisiren, ist eine logische Ungeheuerlichkeit."

Aus dieser Auffassung des Gesetzes zieht Wach[79]) folgenden Schluss: Entweder finde § 296 Anwendung auf die Competenzfrage und dann sei Prorogation im Versäumnissfalle unabweisbar, oder § 296 finde keine Anwendung und dann müsse das Prorogationsprinzip der Civilprozessordnung, nämlich das Präclusionsprinzip entscheiden. Das Resultat sei hier wie dort dasselbe.

Allein dieser Argumentation vermag ich nicht beizupflichten. Zunächst haben die Factoren der Gesetzgebung — und das erkennt ja auch Wach an — übereinstimmend beabsichtigt, dass im Fall der totalen Versäumniss mit den übrigen auch die vom Kläger rück-

[79]) A. a. O. S. 395 ff.

sichtlich der Competenz behaupteten Thatsachen als zugestanden angenommen werden sollten.[80])

Dieser Ansicht der gesetzgebenden Factoren entspricht durchaus der Wortlaut des § 296:

„Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnissurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen."

„Das thatsächliche mündliche Vorbringen" des Klägers umfasst hiernach nicht nur die Thatsachen, welche den Anspruch selbst betreffen, sondern auch diejenigen Thatsachen, welche die Voraussetzung einer Sachverhandlung, nämlich die Zuständigkeit begründen. Daraus ergibt sich, dass hier der Wille des Gesetzgebers und Wortlaut des

[80]) Auch die Fassung des § 431 des norddeutschen Entwurfes stimmt in der Hauptsache mit der des § 296 der Reichs-Civilprozessordnung überein. Der im Jahre 1871 bearbeitete erste „Entwurf einer deutschen CPO." lehnt sich, wie wir sahen, an diesen norddeutschen Entwurf vollständig mit unerheblichen Redactionsänderungen an. Man ging dabei von der Vorstellung aus, der ausbleibende Beklagte erwarte, dass das unzuständige Gericht von Amtswegen seine Unzuständigkeit ausspreche, und dass aus dem Ausbleiben des Beklagten eine stillschweigende Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern sei. Der § 431 des norddeutschen Entwurfes ging in den § 281 des Entwurfes der „zur definitiven Feststellung des Entwurfes einer PO. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das deutsche Reich berufenen Commission" (Reichscommission), sodann in den § 286 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes und endlich in den § 296 der RCPO. über, vgl. v. Amsberg a. a. O. S. 68 ff., 70, 71 N. 4, 75 ff. und das dort citirte Material.

Gesetzes sich vollständig decken. Deshalb ist es, wie v. Amsberg[81]) richtig bemerkt, unzulässig, den § 296 Absatz 1 der Civilprozessordnung restrictiv zu interpretiren und denselben dahin auszulegen, dass „das thatsächliche mündliche Vorbringen" nur diejenigen Thatsachen begreife, die den Anspruch selbst betreffen.[82])

Auch das Reichsgericht ist dieser Ansicht, indem es erklärt[83]):

„In dem thatsächlichen Vorbringen des Klägers, welches nach § 296 als zugestanden angenommen werden soll, ist nämlich nicht die stillschweigende Behauptung der richterlichen Zuständigkeit, welche im Erheben der Klage im Gerichte zu finden, (Archiv für civil. Praxis Band 62 Seite 394, Band 63 Seite 236, 237) zu rechnen; diese „stillschweigende Behauptung" ist kein thatsächliches Vorbringen im Sinne des § 296. Der Richter hat vielmehr von Amtswegen zu prüfen, ob die in der Klage behaupteten, nach § 296 als zugestanden anzunehmenden Competenzthatsachen die Zuständigkeit nach dem Gesetze begründen, und wenn er zur Verneinung dieser Frage gelangt, die Klage trotz des Nicht-

[81]) A. a. O. S. 85.

[82]) Vgl. auch Petersen, CPO. Bd. II. Bem. III., 2 zu §§ 295—299; Seuffert a. a. O. § 296 N. 4; Struckmann u. Koch a. a. O. § 296 N. 3; Puchelt a. a. O. § 296 Bd. II. S. 120 ff.; v. Wilmowski u. Levy a. a. O. § 296 Bem. 3; Gaupp a. a. O. § 296 S. 187 ff. Bem. II. und III.; ferner Petersen in der Zeitschrift a. a. O. S. 255.

[83]) Entscheidungen des Reichsgerichts a. a. O. S. 443.

erscheinens des Beklagten von Amtswegen „hier“ abzuweisen.“

Hieraus ergibt sich: Rechtfertigt „das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers“ die Zuständigkeit, so hat der Richter sich als zuständig anzusehen, und über den Anspruch zu entscheiden. Im entgegengesetzten Falle hat sich der Richter für unzuständig zu erklären, und wegen Unzuständigkeit des Gerichtes die Klage ab zuweisen.[84])

Die Versäumnissfolge des sog. Thatsachengeständnisses kann jedoch jedenfalls in denjenigen Prozesssachen keine Anwendung finden, in welchen im öffentlichen Interesse die bindende Kraft des Thatsachengeständnisses und daher auch die analoge Folge der totalen Versäumniss ausgeschlossen ist, nämlich in Ehe- und Entmündigungssachen (Civilprozessordnung §§ 577, 578, 611). Die bestrittene Frage, ob das Gleiche auch in allen übrigen Fällen, in denen nach § 40 der Civilprozessordnung eine Vereinbarung des Gerichtsstandes ausgeschlossen ist, also rücksichtlich aller vermögensrechtlichen Ansprüche und in den Fällen eines ausschliesslichen Gerichtsstandes, anzunehmen sei, soll hier nicht erörtert werden.[85])

Ist es nun aber anders, wenn der Beklagte zwar erscheint, aber nicht verhandelt?

[84]) Vgl. v. Amsberg a. a. O. S. 86 und 87.

[85]) Vgl. darüber u. A. namentlich Wach, Arch. a. a. O. S. 398 und in Beiträgen S. 703 ff.; Fitting a. a. O. S. 246 ff.

Wach[86]) ist der Ansicht, dass das Erscheinen des nicht zur Hauptsache verhandelnden Beklagten den Erstreckungswillen in concludenter Weise erkennen lasse und in demselben eine Unterwerfung unter die Ladung und unter die Gerichtsgewalt ausgesprochen sei. Der nicht verhandelnde Beklagte bringe nicht prozesshindernde Einrede vor, er lehne nicht die Defensionspflicht ab, sondern er genüge ihr nur nicht durch Eingehen auf die Hauptsache. Diese Ansicht werde auch gestützt durch eine Aeusserung des Regierungsvertreters (v. Amsberg) in der Reichsjustizcommission (Prot. S. 113), wo dieser gesagt hat: „das Wesentliche sei die Zustellung; sei dieselbe erfolgt, so könne man verlangen, dass der Beklagte sich stelle wenn er rücksichtlich der Competenz Bedenken habe." Dieser Aeusserung liege der Gedanke zu Grunde, dass schon das Ausbleiben des Beklagten ausspreche, er habe keine Bedenken gegen die Zuständigkeit; um wie viel mehr müsse das schweigende Hinnehmen des Klagevortrages ohne Rüge der Unzuständigkeit des erschienenen Beklagten dahin gedeutet werden.[87]) Wenn der § 39 der Civilprozessordnung an die vorbehaltlose Einlassung die Folge stillschweigender Vereinbarung knüpfe, so folge

---

[86]) A. a. O. S. 389 ff.

[87]) v. Amsberg a. a. O. S. 73 N. 5 verwirft diese Folgerung Wach's unter Darlegung des Zusammenhanges, in welchem jene Aeusserung in der Reichsjustizcommission gethan wurde.

daraus nicht, dass nur durch solches Verhandeln zur Hauptsache, „stillschweigende Vereinbarung“ geschaffen werden könne, oder dass, wo nicht zur Hauptsache verhandelt werde, stillschweigende Vereinbarung undenkbar sei. Eine solche sei um so mehr anzunehmen, wenn der Richter etwa von der ihm unzweifelhaft zustehenden Befugniss, den schweigenden Beklagten auf die Consequenzen seines Schweigens, sowie auf die vorliegende Incompetenz aufmerksam zu machen, Gebrauch gemacht habe.

Allein dieser Argumentation scheint mir entgegenzustehen, dass das Gesetz das Nichtverhandeln dem Nichterscheinen völlig gleichstellt. In beiden Fällen ist nach der Bestimmung des § 298 der Civilprozessordnung totale Versäumniss vorhanden und damit ist gesagt, dass eben die Wirkungen der Versäumniss in beiden Fällen dieselben sein sollen. Auch in diesem Falle liegt der Thatbestand des § 39 — Einlassung zur Hauptsache ohne Rüge der Unzuständigkeit — nicht, sondern vielmehr ein rein negatives Verhalten des Beklagten vor, und es können daher die Wirkungen, welche § 39 und § 247 an eine positive Thätigkeit des Beklagten knüpfen, nicht eintreten.[88])

Das Resultat unserer bisherigen Untersuchung ist nun kurz gefasst folgendes:

---

[88]) Vgl. auch v. Amsberg a. a. O. S. 100.

1) Durch die totale Versäumniss des Beklagten wird eine stillschweigende Vereinbarung über die Zuständigkeit des an sich unzuständigen Richters nicht bewirkt.

2) Das Gericht hat im Versäumnissfalle des Beklagten von Amtswegen zu prüfen, ob es sachlich und örtlich zuständig sei.

3) Die Prüfung der Zuständigkeit hat auf Grund der Thatsachen zu erfolgen, welche zu ihrer Begründung von dem Kläger dem nicht erschienenen Beklagten mittels Schriftsatzes rechtzeitig mitgetheilt und von dem erschienenen Kläger mündlich vorgetragen sind, denn diese die Zuständigkeit begründenden Thatsachen sind nach dem allgemeinen Prinzip des § 296 der Civilprozessordnung, soweit dasselbe nicht im öffentlichen Interesse ausgeschlossen ist[89]), als zugestanden anzunehmen.

---

[89]) Vgl. oben S. 63 Anm.[85]).